٢١٢

الثاني من العناية

بسم الله الرحمن الرحيم

قال رحمه الله كتاب البيوع لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي
منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما امر بالتمليك والبيع في اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه في الشرع قبول هو مبادلة
المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحا يقال باع الشيء اذا اشتراه واشترى وبذل باعه
الشيء وباع منه ولاشتماله على الانواع الآتي ذكرها صحة وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى واحل الله البيع وبالسنة التي هي
بعث والناس يتبايعون فقرر عليه السلام عليه والتقرير احد وجوه السنة وبالاجماع قال لم ينكره احد من المتقدمين وغيرهم
وبالمعقول وهو سبب شرعية فان تعلق البقاء المقدر بتعاطيها يدل على ذلك فيثبت ذلك في التقرير ركنه الايجاب
والقبول او ما دل على ذلك وشرطه صفة العاقدين العقل والتمييز وصفة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم وحكمه افادة
الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعا فلا يشكل بتصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فانه ممتنع مع كونه مالكا لكن
ذلك التصرف ليس بشرعي مطلق لنهي النبي عليه السلام عن بيع ما لم يقبض هذا هو المنصوص من شرعية البيع وقد يثبت عليه
غيره كوجوب الاستبراء او ثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن والتراجيح
باعتبار المبيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين
ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما وباعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة
والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها قال رحمه الله البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد
هنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل والايجاب الاثبات ويسمى ما يتقدم من كلام العاقدين
ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا وحينئذ لا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا
والمتأخر قبولا وشرطه ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت
لان البيع انشاء تصرف شرعي وكلما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به اما ان البيع انشاء فلان الانشاء
اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا واما ان كلما هو كذلك فهو يعرف
بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا عنه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به هذا
تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل
وهو ظاهر في قوله رحمه الله ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي عليه
السلام علق فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه ولان لفظ المستقبل ان كان
من جانب البائع كان وعدا لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقيل هذا اذا كان اللفظان
او احدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال واما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع وعلى هذا يحمل ما في
الطحاوي ثم قيل في تعليله ان صيغة الاستقبال تحتمل الحال مع النية وقيل ان هذا اللفظ وضع للحال ووقوعه للاستقبال
مجاز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له فان اراد
الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان اراد
ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع يجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانه [illegible] انما تمامه في المحتملات

لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد بها
من الاثر والمعقول لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة فرق
المعروف ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لا ان الحقيقة يحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للعقل
دون الاثر فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب لئن تقرر المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع
والحقيقة الشرعية فيه هو لفظ الماضي والمضارع فيها مجاز يحتاج الى النية فعلى خلاف النكاح يعني انه ينعقد
بذلك لان احدهما اذا قال زوجتني فقال الآخر زوجتك انعقد وقد مر الفرق هناك وهو ما قالوا ان هذا تمليك بالنكاح
والواحد يتولى طرفي النكاح قال وقوله رضيت او اعطيتك هذا بيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ
بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت او قال
اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت انعقد البيع بذلك لان الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال
اشتريت هذا منك بكذا فقال اخذته يعني بعت بذلك فخذه لان الامر بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقد ابتدأ البيع
اقتضاء فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به لان المعتبر هو المعنى وهذه العقود وقد
بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كالنكاح والمناكحة اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه ولهذا ابى الكرخي
المعنى هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله
هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل والملح ثم ان محمدا اشار في الجامع الصغير
الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه قال رحمه الله ثبت الوجوب اذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر
بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول
لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم
بدون قبول الآخر كان الواجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ايجاب الحكم حقا لغيره قال سلمنا ان ايجاب احدهما
غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان حق الثلث للمشتري بايجاب البائع وهو حق المشتري
فلا يكون الرجوع خالصا عن ايجاب حقا لغيره فالجواب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق
التملك للمشتري وان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة
الى الساعي قبل الحول فانه لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي
فعلم الحق عام لانتفاء ما هو اقوى منه وانما يمتد الى آخر المجلس لجواز ان يكفر حرا باعتبار ما يعرض له وهو اختصاص خيار
الرد والقبول بالمجلس لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او لم لا يبقى فيه على ما وراء المجلس وتقريره الجواب ان
الايجاب قبل انقضاء المجلس عبارة عن المشتري وفي انقضائه فيما وراء المجلس عبارة عن البائع وفي التوقف على المجلس
يسعى ابرما جميعا والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر
وتخفيفا للبرهان قيل فلم لم يكن الملح والفتوى على ما ذكرتم فالجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج
والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس قال
رحمه الله والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعت عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان

الغايب بالف درهم فاذهب فاخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه واخبره الرسول المرسل اليه فقال في مجلس
بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت ثم البيع بينهما لان الكتاب من الغايب كالخطاب من الحاضر لان
النبي عليه السلام كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب وكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبرا
وسفيرا فنقل كلامه اليه قال رحمه الله وليس لاحدهما ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البايع البيع في شيئين
فصاعدا واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فان كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البايع بتبعيض
الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون من ثمن الجيد لذلك فيتضرر البايع
فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فينال الجيد من يد البايع باقل
من ثمنه فيتضرر به البايع لا محالة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع
عبدا بالف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال يتضرر البايع بسبب الشركة فان قيل
فان رضي البايع في المجلس هل يصح او لا اجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة ابتداء
ايجاب لا قبولا ورضي البايع قبول لا قبول وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبل المشتري حصة معلومة من
الثمن كالصورة المذكورة وفي التفريق بين باعهما بعشرة لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل
بعض معلومة واما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البايع لانه يلزم
البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سياتي وان كانت الصفقة متفرقة فلا ذلك لانتفاء الضرر عن البايع واليه
اشار بقوله الا اذا بين ثمن كل واحد لانها صفقات معنى والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم
جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبايع ومشتر وبيع وشراء وانحاء بعض هذه الاشياء
مع بعض وتفرقها يجعل انحاء الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحد الصفقة وكذا اذا اتحد المبيع كقوله
بعتها بمائة فقال قبلت واتحد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت
احدهما بستين والاخر باربعين فذلك يكون صفقة واحدة ايضا كما ذكره في الكتاب واتحاد الجميع سوى البايع كان
قال بعتما منك هذا بمائة فقالا قبلنا يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال
بعت منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع والثمن ان كان بتكرير
لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا قياسا واستحسانا واما تعدد البايع مع تعدد
الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع فكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء يوجب
التفرق قياسا لا استحسانا وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة ويوجب على قول صاحبيه قال رحمه الله
وان قام من المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة
الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد كنا قلنا ان للرجوع
الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح لا تعارضه وهذا لو قال بعد القيام قبلت
وجد الصريح فيترجح على الدلالة اجيب بان الصريح لما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب
والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي فانه اثبت

كلاهما خيار المجلس على ما مر ان كل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم
يتفرقا بالابدان واستدل على ذلك بقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان التفرق عرض فيتقوم بالجواهر
وهو الابدان ولنا ان في الفسخ ابطال حق الاخر وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار
القبول وقد تقدم تقريره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قبولهما وبعد قبولهما وبعد
كلام الموجب قبل قبول المجيب والحاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه
والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا لان الفرق بينهما ان احدهما مراد والاخر محتمل للا
رادة لان العقود الشرعية لا حكم للجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد
كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام لا حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابراهيم النخعي
رحمه الله وقوله والتفرق تفرق الاقوال جواب عما قال التفرق عرض فيتقوم بالجوهر ولئن سلمنا ان حمل التفرق
على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليهما
مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم واجيب بان اسناد التفرق الى غير الاعيان سائغ شائع
فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من
وقال لا نفرق بين احد من رسله والمراد التفرق في الاعتقاد وقال عليه السلام ستفترق امتي على ثلث
وسبعين فرقة وهذا ايضا في الاعتقاد وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤول اليه او ما كان عليه ايضا كذلك
على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا على مذهب ابي حنيفة رحمه الله فان الحقيقة المستعملة اولى
من المجاز المتعارف عنده ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى جهالة لا يدرى وقت
معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع عادة وهذا معنى قول
مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف او نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك
اللفظي وترجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من ايراد حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التاويل يلائم
حمل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة
مقدارها الاعواض المشار اليها ثمنا كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية
في التعريف المنافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة
الوصف لا تفضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون التفاوت تاجزا في البيع بخلاف السلم على ما
سياتي وهذا انما يستقيم اذا لم يكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا
وانما لم يعتد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس لبيانه قال رحمه الله والا
ثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة المقدار والصفة الاثمان المطلقة عن الاشارة لا تصح
بها العقد الا ان تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها والصفة كونها بخارية او سمرقندية لان التسليم واجب
بالعقد وكلاهما واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه
الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع قال ويجوز البيع

بثمن حال قال الكرخي وقد لا المبيع ما يتعين في العقد والثمن ما لا يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم
تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة
فاعم الفراء وهو منتقض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان
ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقي اصحابنا
في الاجارة والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات
الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى اجل بد لا عن عين فانها اثمان وليس اشتراط الاجل
لكونه ثمنا بل ليعيد ملحقا بالثمن في كونها دينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير
والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى انتفاع باعيانها
واثمان نظرا الى انها مثليات كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة وان قابلها عين فهي معينة فهي مبيعة
واثمان وشرط البيع لا بد منها وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا
وان كانت اعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد
بكر حنطة قد وصفها كانت ثمنا وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كان مبيعا
ولا يصح الاسلام فيه وهذا ملخص كلامهم في هذا الموضع واقول الاعيان المثلية تقوم اعني الدراهم
والدنانير وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدورات كالمكيلات والموزونات والمعدودات
المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين
كونه مبيعا وثمنا والتعيين باللفظ بدخول الباء وعدمه قال والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز لاطلاق
قوله تعالى واحل الله ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه لكن لا بد
وان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالب البائع في مدة
قريبة والمشتري يؤخر الى بعيدها قال ومن اطلق الثمن كان على غالب نقد البلد ومن اطلق
الثمن عند ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا وقع العقد
على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها
واعلم اني اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب
حلالا فاني وجدت من الشارحين رحمهم الله من تصدى لذلك على ما ينبغي فاقول اذا كان في البلد
نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج او في المالية دون الرواج او في الرواج دون المالية
او لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول وجاز البيع وانصرف الى الاروج
وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة تقع فيها في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف
الى الاروج تحريا للجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم
والتسلم واذا عرفت هذا فقوله فان كانت النقود مختلفة يعني في المالية يعني كالذهب المصري والمغربي فان
المصري افضل في المالية من المغربي اذا فرض استواءهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة تفضي الى النزاع

اشارة الى القسم الثاني الا ان ترتفع الجهالة ببيان احدهما فحينئذ يجوز قوله او يكون احدهما اغلب وارواج فحينئذ
ينصرف البيع تحريا في الجواز اشارة الى القسم الاول والى القسم الثاني لان كون احدهما اروج اعم من ان يكون مع
اختلاف في المالية او مع استواء والبيع جائز فيهما وقوله وهذا ابين فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع
الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الثالث اعادة للتمثيل بقوله كالنشائي وهو ما يكون الاثنان منه دانقا
والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه دانقا والنصري اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري بخارا والاخلاق
بين العراقي بغرغانة وما وراء النهر يسمون الدرهم عدليا وكل هذا مختلف في المالية مع التساوي في الرواج وقوله
فان كانت سواء كانت فيها اي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الرابع وجزاء الشرط قوله
جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي المتاخرون من المشايخ وينصرف اسم الدراهم الى ما قدر به من المقدار
كعشرة ولم يذكر من اي نوع كان من غير تقييد بنوع معين لانه لا منازعة لاستوائهما في الرواج ولا اختلاف
في المالية وظهر من هذا تقييد كلام الشيخ رحمه الله فانه فصل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية ومثاله وهو
قوله كالنشائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط هنا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع
بقوله كالنشائي الى قوله جاز ولا يستقيم ان يجعل قوله كالنشائي الى آخره متعلقا بقوله فان كانت سواء لانه ما
كان الاثنان منه دانقا وما كان ثلثة منه دانقا لا يكون في المالية سواء لكن يمكن ان يكونا في الرواج سواء
هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم قال وجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد بالطعام
الحنطة وفسرها لانه يقع عليها عرفا وسيأتي في المكايلة وبالحبوب غيرها كالعدس والحمص وامثالها كل ذلك
اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان لا يدخل تحت الكيل
فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عم اذا اختلفت النوعان فبيعوا كيف شئتم لا بمثل
لا لانه في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر
الحديث ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان
قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا قال وجوز بانا بعينه اذا باع
الطعام او الحبوب بانا بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة
وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متحقق فيندر هلاك كل منهما في الانا والحجر قبل التسليم ليشكل على هذا
ما اذا باع احد العبدين الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة ايام يأخذ ايهم شاء ويرد الباقين او اشترى
باقي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل ليس بواقع لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع
مفسدة للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد وان يكون الجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا
لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه كونه غير متعين في الاولى ولعدم الثمن في الثانية وروي عن ابي يوسف ان الجواز
فيما اذا كان للكبار لا يتكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما يتكبس كالقبيل ونحوه فانه لا يجوز
تخلا والسلم فانه لا يجوز بانا مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والمهلة ليس
بنادر فيها فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم لان البيع

في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او يذكر القدر فوق المجازفة المعقود عليه مومايشار اليه ولا معتبر
بالمعيار في غيرها المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منها فان الفرض عدم المجازفة والمعيار اذا لم يكن
معلوما لم يتم شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة و
الهدر يعني من حيث الرواية قال ومن باع صبرة طعام اذا بيع قال البايع بعتك هذه الصبرة كل قفيز
بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان او بالكيل في المجلس او لا فان كان الاول فالبيع جائز
والمبيع جملة ما فيها من القفزان وان كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة وجملة القفزان كالاول عندهما
لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البايع يطلب تسليم
الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول
الجهالة في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم ولهما قياس
سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام اجيب
بان الفساد لاصل العقد فقد يمتنع من الانقلاب وتقييده بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه لوصف العقد بل
لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور اثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل ولهما ان هذه جهالة ازالتها
في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع اما ان ازالتها بايديهما فلانها تنفع بكيل كل منهما وتقيد بقوله بيدهما
احترازا عن البيع بالدقيق فانه لا يجوز لان ازالتها ليست بايدي البايع ان كان هو الراقم او بيد الغير ان كان الراقم
غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على ازالته واما ان كل حال هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين
على ان المشتري بالخيار واجيب لابي حنيفة ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه استحسانا بالنص ومعناه
انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره فلهذا
لم يجوزه ابو حنيفة فيما نحن فيه قياسا واستحسانا ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق
الصفقة عليه دون البايع لتفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جملة القفزان
فكان راضيا به وهذا صحيح اذا علماها ولم يسميا واما اذا لم يعلم بها فالوجه انه ثم لا خيار له لما
بأتي فلا خيار له فيبحث اما اولا فلان تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع
الرجلان عبدا مشتركا ثم اشترى احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز
في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار واما ثانيا فان قياس قول ابي حنيفة ان لا يخير
المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعينه كما لو اشترى قنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع
ينصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري
يقبل البعض وليس كذلك هنا على قول ابي حنيفة والجواب عن الاول انا لا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء يقع على
الكل حتى يكون مردودا الى البعض تفريقا وانما يقع على نصيب شريكه لا غير لان ذو وقوعه على نصيبه يلزم شراء
ما باع بالقول تماما باع قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كمن اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط
لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني ان انصراف البيع الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم

لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيكون تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة وهذا ضعيف لان
ظاهرها ان الكل مبيع لمن ابى التفريق والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة موضوعة
للكل وقصدها ايضا الكثرة وما فيه مانع شرعي من الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس جاز والصرف
الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف الصفة الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس
تفريق الصفقة الا ذلك بقي ان يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب
في صدر هذا البحث عنه قوله وكذا اذا كيل في المجلس او سمي جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك
التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه او ظنه ان الصبرة ثانية بمقدار ما اجتاز اليه فزادت
وليس له من الثمن ما بقي بل ولا يمكن اخذ الزايد مجازا وذلك تفريق الصفقة على البايع او نقص فيجب ان يتمكن
من مكان آخر وهل يوافق او لا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وكذا في الموزونات والمعدودات
المتفاوتة واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة في الجميع فاسد وقياس قول الصرف الى الواحد
كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات
وحكم المذروعات اذا بيعت مذارعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما
كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهو عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهو
عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاول فظاهر
واما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن وان كانت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه
لما سمى كل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلومة وكذا كل معدود متفاوت كالحطب والاواني
واما عندهما فهو جائز في الكل لما قلنا قال ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز
بمائة درهم فلا يخلو عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك وان كان الثاني
خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته وبين الفسخ لتفريق الصفقة الموجب لانتقاء البيع بانتفاء الرضا
وان كان الثالث فالزايد للبايع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكلما وقع على مقدار معين لا
يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر الزايد على المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناوله فكان للبايع لا
يجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها او تركها
واذا كان المشتري مذروعا كان اشتراه على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او راضيا على انها مائة ذراع
فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الذراع وصف في المبيع وكلما
هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذراع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف فقد بينه
بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد
بينه بقوله كالهزال في الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا
اي فلكون الذرع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموصوف بكل الثمن بخلاف الفصل الاول يعني الكيل لان
المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن ولهذا يأخذه بحصته وقوله الا انه يخير استثناء من قوله يأخذه بكل الثمن

وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الذرع الذي سماه كان الزايد للمشتري والاخير للبايع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله
شيء من الثمن نصا كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير واعلم ان هذه المسئلة من مشكلات مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذرع
في المذروعات وصفا والاسبت لا يقول الا بدرس انه عبارة عن الفعل والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل
وعريض يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل الذراع الزايد وصفا دون القفيز وجوابه
موقوف على معرفة اصطلاح الفقهاء في الاصل والوصف واختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما يثبت بالتشقيص
فان يلحقه النقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده تاثير لا نقصان
غيره ولعدمه تاثير لنقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل
وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الاول والمكيل لا يثبت بالتشقيص والمذروع يثبت وعشرة اقفزة
اذا انتقص منها قفيز فالتسعة يشتري بالثمن الذي يخصها مع القفيز لكل الواحد منها اذا قال اشتريت هذه
الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة واما الذراع الواحد من الثوب والدار اذا انتقص فان الباقي لا
يشتري بالثمن الذي كان يشتري معه فان الثوب القطن مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزايدة
على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا واذا عرف هذا فعرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل
او الوزن اصل ومن حيث الذراع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار فان قيل سلمنا ان
الذراع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان
العيب كمن اشترى عبدا واعتقه او مات ثم اطلع على نقصان المبيع يرجع على بايعه بالنقصان وكالاصابع
وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور اجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه
اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد بحق البايع
كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق المشتري بان كان ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ بثمنها بالاصل
فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتها يعني الشقص او المذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع اذا كان
شيئا لم يكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم
فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن او تركه لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار
اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان
مقصودا بالتناول وهذا اي اخذه بحصتها من الثمن انما هو لانه لو اخذ بجميع الثمن لم يكن المشتري آخذا كل ذراع
بدرهم وهو المبيع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تاتي للشرط كما عرف في موضعه وقد نقض المسئلة
الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلا في المسئلة الاولى ايضا لانه ذكر عشرة دراهم
لمقابلة عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الاحاد على الاحاد واجيب بان الذراع اصل من
وجه من حيث انه من اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن
كالحال والكتابة ثم لو جعلنا عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من
كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه

لا يقابله شيء من الثمن معلوم للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال اذا لم يعتبر كل ذراع بالذكر كان
كمن باع كل ذراع مبيعا مفردا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يعتبر اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان
وجدت زيادة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم او فسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذرع
لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة
فلما بينا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول
فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لو كان العقد واقعا على
الثوب عشرة وقد وجدت احد عشر او تسعة على ما ياتي واما الثاني فهو ان الذراع لو كان اصلا بافراد ذكر
الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا يدخل
الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت لان تلك الصفقة والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فكون
العشرة المبيع مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع
الزايد لو لم يدخل كان بايعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا في الجواز والقفيز الزايد ليس كذلك
قال ومن اشترى عشرة اذرع شراء عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع
قائما بنفسه او مما لا ينقسم فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما موجبا اذا كانت الدار مائة ذراع وشرا عشرة
اسهم من مائة سهم جايز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم لا كونها عشرا
فتخصيص الجواز باحدهما تحكم ولابي حنيفة ان الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها واراد تراضيهما متعذرة فيصير
مجازا لما بينا بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما الحال لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلا حسيا
والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع
غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم
فانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون في الشايع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة
اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب
القليل من جميع الدار على قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة
اذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع
الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان
واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظيرها لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كانت عدة جملة
الشياه معلومة فانه يجوز عنده قال ومن اشترى عبدا على انه عشرة اثواب علاثي بكسر العين
منسوبة الى علاثي بفتحها وهو جنس من الثياب وهو منسوب الى علاثي بن سعد بن عوف بن عدي بن الحارث بن مر بن طابخة
منها من جنسه في مقداره ومنه عدل الحلة اذا اشترى عبدا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة
دراهم او احد عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزايد لم يدخل تحت العقد بيقين والاثواب
مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة واما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص من ثمنه
المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او ردئا وحينئذ لا يدري قيمته ينبغي حتى يسقط

فكان جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده واذا بيع كل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم
جاز البيع في فصل النقصان لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء
ترك لانه تفرق صفقته وله يجيز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد
عند ابي حنيفة في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا
لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في الثمن
خلافا لهما كذلك هذا واستدل على ذلك بما ذكر محمد في الجامع الصغير رجلا اشترى ثوبين على انهما هرويان كل
ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والاخر مروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في
الهروي ووجه الاستدلال ان الغائب في مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين
مفسدا للعقد على مذهبه فعلة احدهما من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم
قطعا فلا يضر الجهالة وفرق بين هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي
وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا وهذا لا يوجد هنا فانه
ما شرط قبول العقد في المعلوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود
فقط ولكنه غلط في العدد وهروي بفتح الراء ومروي بسكونها منسوب الى هراة ومرو قريتان بخراسان قال
ولو اشترى ثوبا واحدا اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذرع بدرهم فزاد او نقص نصف ذراع قال
ابو حنيفة اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفي النقصان بنسبته ان شاء وقال ابو يوسف اذا زاد اخذه باحد عشر ان
شاء وان نقص بعشرة ان شاء وقال محمد اخذ في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بنسبته ونصف ان شاء لانه قابل
كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجب عليه من الثمن وفي بعض النسخ يجري
عليه اي على النصف حكم المقابلة ويجبر كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع ولا فرق ان يا فلان البدل صار ذلك
كل ذراع كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له
الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة قد ثبت ان الذراع وصف في الاصل لا يقابله شيء من الثمن واما اخذ حكم الاصل بالشرط
والشرط مقيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما وما وزن الموجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل
وهو الوصف وصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة صفة الجودة فتسلم له مجانا وقيل هذه الاقوال الثلثة
في الثوب الذي تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية اما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة
له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال الشيخ
اذا باع ذرعا منه ولم يعين موضعه جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها

فصل

مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احديهما ان كل ما هو متصل بالمبيع عرفا دخل في البيع وان لم يذكر صريحا
والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعا له في الدخول وتعني باتصال القرار الحال الثاني على معنى ان ما
وضع لا ينفصل البتة وثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان ينفصله فهو ايضا اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء
الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناوله العرصة والبناء والعرف لا يقال لا نسلم تناول البناء في العرف

فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم تكن داخلة
في اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداخل في اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل
اي بالارض على تاول المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة
مثمرة او غير مثمرة على الاصح وان لم يسم للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل للفصل
فاشبه المتاع الموضوع في الدار وتنقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على
التعبير المذكور فان البذر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام قال ومن باع نخلا اذا باع نخلا او شجرا عليه ثمرة فثمرته
للبائع الا ان يشترط المشتري اشارة الى ان ثمرته مع ثمرته لقوله عم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع
وقيد دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال
صلى الله عليه وسلم الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الانصار وان كان خلقة فيه اشارة
الى ان الاعتبار للحال الثاني والحال الاول لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا وبقاء للبائع سلم المبيع فارغا
لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي يترك حتى
يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقاسه على ما اذا
انقضت مدة الاجارة وفي بعض الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد والجواب انا لا نسلم ان المعتاد عدم القطع
الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانه قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم
يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضا بذلك وفي [illegible] على بيعه مع علمه بحاله المشتري بتفريغ ملكه
وتسليمه اياه فارغا قوله هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقرير التسليم واجب في صورة انقضاء مدة
الاجارة ايضا ولا يترك الا باجر وتسليم العوض بتسليم المعوض لا بالتأخير فليكن فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي
ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحالة قيمة او لم يكن لكونه للبائع في الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة لا يدخل
في البيع ويكون للمشتري وجه الصحيح ان بيعه منفردا يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفردا لا يدخل في بيع
غيره اذا لم يكن موضوعا للقرار وقوله واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني لا يدخل في
البيع وان لم يكن له قيمة واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم يبين فانه لا يدخل في البيع
لانه موضوع فيها كالمتاع وذكر في الفتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر في الارض واما اذا عفن
فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان تابعا ولو نبت ولم يظهر فيه قال ابو
القسم الصفار لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف يدخل قال الشيخ وكان وجه بعض المشايخ بتشديد
الفوقانية هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه بعد من جوز بيعه قبل ان تنبت المشتري والمتاجر لم يجعله تابعا
لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا مشتري البعير شفعة والجمع مشتري والنخل يصدق به الزرع والجمع متاجر قال
ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة اربعة الاول بعت الارض والشجر
ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيانه في ذلك والثاني بعت بحقوقها ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له
فيها ومنها من حقوقها او من مرافقها والرابع بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها

وفي الثالث لا يدخل الزرع والثمر لان الحق والعادة تذكر لما هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب
والمرافق ما يتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء والزرع والثمر ليسا كذلك فلا يدخلان وفي الرابع يدخل الزرع
لعموم اللفظ هذا اذا كانا في الارض وعلى الشجر واما اذا كان الثمر مجذوذا والزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لا يدخل
الا بالتصريح به قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر لا يخلو اما ان يكون قبل الظهور او بعده
والاول لا يجوز والثاني جائز بدا صلاحها بصلاحها لانتفاع بني آدم او علف الدواب او لم يبد لان مال متقوم لكونه
منتفعا به والحال او في الزمان الثاني فصار كبيع الجص والنورة وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام
خواهر زاده رحمهما الله ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لنهي النبي عليه السلام عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه ولان
البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية
اما الاولى فلما اشار اليه محمد رحمه الله في باب العشر ولو باع الثمار او اقل ما يطلع وتركها باذن البائع حتى
ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا لما وجب العشر على المشتري واما الثانية فلان
مال متقوم في الزمان الثاني وفي جوازه يعني في نفي جواز بيع المهر والجص وهو ثابت بالاتفاق والجواب عن الحديث
ان ثاني ذلك اذا كان بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت لو اذهب
الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشتراها بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها او
بطريق السلم واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع قوله وهذا اشارة الى الجواز
اي الجواز اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع اما اذا اشتراها على ان تتركها على النخل فقد فسد البيع لانه شرط
لا يقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك
الغير وان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجرة
او بغير والثاني اعارة والاول اجارة وفي ذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة ان لو جازت اعارة
الاشجار او اجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم
صفقة في صفقة هذا اذا كانت الثمرة لم تنتهي في عظمها اما اذا انتهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة ولا يكون مالا
وهو القياس لان شرط الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد فجوزه وقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد
البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم ينتهي عظمها لانه شرط قطع الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بالنمو في الارض
او البحر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المتعارف مثل الاذن في تركه بلا شرط في العقد
ولو اشترى الثمرة التي لم ينتهي عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان
بغير اذنه تصدق بما زاد اذ الظاهر ان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد
حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما انتهى لم يتصدق بشيء
عن هذا لتغير حاله من التي الى النضج لا يخفى زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من
ملك البائع بغير اذنه شيء بل الشمس تنضجها والثمر يلونها والكواكب يعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك
والقطع وتركها على النخيل باستيجار النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لجواز اجارة النخيل لعدم التعارف

فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك
بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواه وههنا يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكره واذا
بطلت الاجارة بقي الاذن مجردا فطيب له الفضل فان قيل لا نسلم بقاء الاذن فانه يثبت ضمن الاجارة وفي بطلان
المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة ضمن الرهن يبطل ببطلان الرهن اجيب بان الباطل معدوم لانه
الذي لا تحقق له اصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام
ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه
حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة بجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة
الحر وقد يتاخر للبرد والفاسد ما له تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء
لفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع و
الترك على النخيل وتركها واثمرت مرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل حصوله تخليه البائع
بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لا يمكن التسليم لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم
قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول لاحد المتبايعين
المشتري لان البيع لزيده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بجوازه ويتم
انه مروي عن اصحابنا وحكى عن الشيخ الامام الجليل ابي محمد بن فضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل
الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا شرط ان يجوز الجائحة قبله وكذا في الباذنجان والبطيخ
يعني ان البيع لا يجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمختار اي الجبلة لا جوازه فيما
اذا حدث قبل القبض ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز
بجعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان تمر ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الاصول قال
ولا يجوز ان يبيع ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك رحمه الله ولم يبين ان مراده
الثمر على رؤس النخيل او ثمر مجذوذ وقد ذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخيل واما بيع المجذوذ
فجائز وهو مخالف لما ذكره في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الا صاعا منها يجوز البيع لان
المستثنى معلوم كما اذا كان الثمر مجذوذا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء
واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما
سواء بخلاف ما لو استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كما في نخلة قال المص قالا هذه رواية
الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك
لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر
احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو ادنى الثمر فيفضي الى النزاع سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر
المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين بشير
الى هذا قوله ارطالا معلومة وفي رواية لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبالجملة لا يخلو اما ان

بقي شيء بعد الاستثناء اولا وكلامنا في التقديرين يقتضي صحة العقد اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم
لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط الا اذا باع بموازنة وليس الغرض ذلك
فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة واما الثاني فلانه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل
فيبطل الاستثناء في الجزء البيع واجيب بان هذا باعتبار المآل واما في الحال فلا يعرف هل بقي بعد الاستثناء شيء
ام لا فصار مجهولا وفيه نظر لانا لسنا بصدد الى النزاع فهو قول المسئلة ثم قال المص اما على ظاهر الرواية
ينبغي ان يجوز بيد به على قياس ظاهر الرواية قال ثم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا
قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من غيره وبيعه
فيجوز من جزء جائز فكذا استثناؤه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه لا يجوز استثناؤه ورد
بيع الطرف الحيوان فيه وحمل لا يرد عليه العقد بانفراده وكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء
يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وايراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فانتشار كلا
في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس وعلى هذا لو قال بعتك
هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز ايراد العقد عليه
واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز
ايراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز ايراد العقد عليه فيجوز استثناؤه و
كذا الحكم في جميع العروض ذات المتفاوت كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب
فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة قيل ما الفرق بين
قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه يجوز وبين قوله بعتك هذا القطيع
من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع
معنى واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لو كان انه لم يدخل كما عرف في الاصول
فلم يكن اقراره اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فالشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت
بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل وتظهر ثمرة ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه صحيح
وتسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره لم يصح قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال له
المعلومة واستثناؤه جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول
لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم يضر منه جهالة الى المستثنى منه الا حسب الوزن فيكون البيع
في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع قال وجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في
غلافه لا يجوز الا الحبوب كالحنطة والباقلاء والارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلي الاخضر
والجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما
لا منفعة له والعقد على مثله لا يصح كما اذا باع تراب الصاغة بجنسه ولنا ما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان
النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم

لا بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدل بعموم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان
النهي يقتضي المشروعية كما عرف قوله ولانه حب منتفع به كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقريره لا
نسلم انه لا منفعة فيه بل هو اي المبيع بقشره حب منتفع به ومن اكل الفولية شاهد بذلك وان الحبوب
المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فاذروه في سنبله وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما
مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف
جنسها جاز وفي مسئلتنا وبين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر بتمر بعينه وهما سيان في كون المبيع
مغلفا اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة فالمراد هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا جواب وهو في القطن
في الغالب هذا قطن وكذلك في التمر اليه اشار ابو يوسف بقوله في ب ومن باع دارا الا اغلاقها جمع غلق
بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع اغلاقها بناء على ما تقدم ان كان موضوعا فيه
للقرار كان داخلا والا فلا وكذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق بلا شبهة لانه كالجزء منه
اذ لا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لا يستلزم
دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ولا يدخل في بيع الدار قلنا الجواب ان الداخل في الشيء داخل
لا محالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لا يمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث
السكنى والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ المنفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها
لا محالة والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة ولكن ليس الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان
والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل قال واجرة الكيال ونقد الثمن
اذا باع المكيل مكايلة او الموزون موازنة او المعدود عددا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع
لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما اجرة ناقد الثمن
فذكر في رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه
الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز
ما تعلق به حقه من غيره او يعرف العيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى الجيد للغدر والجودة
تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي الصدر الشهيد بوجوبه واجرة وزان الثمن على المشتري
لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بيع السلعة مجملا اما ان
يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن او لا لان حق المشتري تعين في المبيع
فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة لا تعين حق
كل واحد منهما في المالية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن مجلس العقد
فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه وان كان الثاني يقال لهما سلما معا لاستوائهما
في النفي فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع

باب خيار الشرط

قال خيار الشرط جائز البيع لانه يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه

بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم
خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه
يمنع لزوم الحكم وانما كان عمله لا منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه لا معنى
التجارة ولكن لما جاء به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله لا منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان
لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس وهو على اقناع فاسد بالاتفاق كما اذا قال
اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجاز بالاتفاق وهو ان يقول على اني
بالخيار ثلثة ايام فما دونها ويختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او سنة فالفساد عند ابي حنيفة
وزفر جائز عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرط لاجنبي الخيار لغيره وجه
قول ابي حنيفة في الثلاثة ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لما فيه من اصابة راسه
فقال له صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام والخلابة الخداع ووجه الا
الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه
بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبايع والمذكور في النص هو
المشتري فكما عديتم في حق له الخيار فليتعد الى مدته فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ
المفاعلة ولان البايع في معنى المشتري في الغبن المناط فيلحق به دلالة وكثرة المدة ليس بقليلها لان معنى الغرور
يمكن بزيادة المدة فيزداد الغرور وهو مفسد ولهما حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر
فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به قصارى ما تاجيل الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجواب
ان حديث حبان مشهور فلا تعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله عنهما سلمنا انهما سواء لكن المذكور في حديث
ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين ولا
نسلم ان كثرة المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الخلابة كان مغبونا في الراس فكان احوج الى الزيادة
فلو جازت كان اولى بها فدل على ان المقدر لنفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير معنى الغرور ازيد وقد تقدم
والقياس على التاجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو
لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا
يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على
على المدة المذكورة بالتنبيه المذكور والاولى لقوله خلافا لزفر فانه اطلق ونفى جوازه بقوله ان هذا عقد انعقد
فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او استدين
عبدا بالدرهم ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر وكمن تزوج امراة وتحته اربع نسوة ثم طلق
الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي حنيفة انه اسقط المفسد اعلم ان مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد
في الابتداء على قول ابي حنيفة فذهب المراقبون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم

الرابع وفي كتاب اسد خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع
فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تقرره اي قبل مضي ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى وتقريره ان العقد فاسد
في الحال بحكم الظاهر دوامها على الشرط فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد
فيصير جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسدا بعينه بل لما فيه من غير مقتضى العقد وفي اليوم الرابع فاذا
زال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البايع على الثوب علامة كالكتابة يعلم بها الدلال
او غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان
يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبل انقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولا
الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما
المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا وكل
عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرطه
فامكن قال ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما
فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وهما
فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن على ثلثة ايام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس
وهو قول زفر وهو ان الاجل لما انه يمنع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح
الاقالة في البيع مثلا ان يقول بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدا
اولى ان يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة
ماسة الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به وقوله
بانا لا نسلم انه في معناه لان ثمة لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وهنا لو سكت حتى مضت المدة
بطل واجيب بان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد
على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه
ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه واجيب بان من له الخيار
لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما
اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وجوزه محمد رحمهم الله لما ان ابو حنيفة قدم على
اصله في الملحق ونفى الزيادة على الثلثة وكذلك محمد قدم على اصله في جهة الزيادة في الملحق به وابو يوسف احتاج الى الفرق
بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المص وابو يوسف اخذ في الاصل
بالاثر وفي هذا بالقياس وتقريره على وجهين احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله ان لم ينقد
الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه لذكرنا
القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر رضي الله عنهما وعلمنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن
لعدم النص فيه والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف في الاصل في الثلثة ايام باثر ابن عمر رضي الله عنه وهو ما روي ان

ان عبد الله بن عمر باع ناقة له من رجل بشرط الخيار له ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا
اي في الزائد على ثلاثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر قوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه
ق ـــ وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه قد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين
وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبايع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري
بالاتفاق واذا كان للمشتري فالمبيع يخرج من ملك البايع والثمن لا يخرج عن ملكه بالاتفاق واذا كان
لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن من ملك البايع والمشتري بالاتفاق فاذا خرج المبيع من ملك البايع
والثمن من ملك المشتري هل يدخل في ملك المشتري والبايع فيه خلاف قال ابو حنيفة لا يدخل وقالا يدخل اما
دليل عدم خروج المبيع عن ملك البايع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله لان تمام هذا الشرط العلة
بالمراضاة لكون الرضا داخلا في حقيقة الشرعية ولا تتم المراضاة بالخيار لان البيع يقصر على اسما ومعنى لاحكما
لمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان
قبضه باذن البايع فان قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا لابن
ابي ليلى وهو يقول قبض ملك البايع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به
مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا يلحقها الاجازة
وهو معنى قوله لانه كان موقوفا والانفاذ بدفع المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون
بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان
الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين
شرط البايع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار واما اذا هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة
لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام الرضا ولو هلك المبيع في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان
البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قبل وانما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على
الصلاح واما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان
الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر واما ان البدل اذا خرج
من ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لما لم يخرج ماله من ملكه
لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي
المساواة وتوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ضمن البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان
البدلان مجتمعين في ملك واحد واجيب بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر
ضمان جناية وليس كلامنا فيه ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا
لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع وتوقض بما اذا اشترى مدبر الكعبة عبدا لسدانة الكعبة
يخرج العبد عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس
منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم ورجح قول ابي حنيفة بان شرعية الخيار نظرا للمشتري

ليتروى فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد
على موضوعه بالنقض قوله فان هلك في يد ابي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا
اذا وجد عيبا بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع كما تقدم آنفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده اما جازه
ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت والعيب
قايم لزم العقد لتعذر الرد وتبين بما ذكر ان هلاك المبيع وتغيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان
الخيار للبايع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التفرقة بيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تغيب
في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد لزم فتم فيلزمه الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبايع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان
الخيار له لا له فيهلك والبيع موقوف فيلزمه القيمة ق ـــ ومن اشترى امرأة هذه مسائل تترتب على الاصل
المتقدم وهو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري عنده و
عندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأة على انه بالخيار ثلاثة ايام لم ينعقد النكاح لانه لم يملكها وان وطئها له
ان يردها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا انه اذا كانت بكرا فليس له ان يردها لان
الوطء ينقصها وهذا يشير الى ان قوله وان وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطء فاما اذا نقصها فلا
يردها وان كانت ثيبا لم يشر اليه المص وشرح الطحاوي وعندهما ينعقد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت
ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين ولهذه المسئلة نظائر وكونها مترتبة على الاصل المتقدم منها
عتق المشتري على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما ومنها اذا قال
ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عنده خلافا لهما بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير
كالمشتري للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو اشترى العتق بعد شرائه بالخيار عتق
وسقط الخيار كذا هذا فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان يثوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه
بعتقه ناويا عن الكفارة واجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة
بعد استحقاقه للحرية وقت اليمين لانه كالمؤدي الاستحقاق وفيه يعمل الانشاء للعتق لا عن الكفارة كذلك
هذا ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يحتسب بتلك الحيضة
من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو وطئها على البايع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الوطء قبل القبض
او بعده وعندهما ان كان الوطء قبل القبض لا يجب على البايع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك
وان كان بعده يجب الاستبراء قياسا واستحسانا واجمعوا في البيع الباتات بفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء
واجب على البايع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا ولدت المشتراة
في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال صاحب النهاية لا بد من احد قيدين اما ان يكون معنا لا
اشتراه منكوحة وولدت بعد الشراء او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحة
وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا يصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى

هذا كان قوله في المدة لمدة الفعل لا يصير أم ولد له لا ظرف الولادة وتقديم كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح
لا تصير أم ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال وانما اخترنا الواحد التاويلين لان الواجب بناء على
ظاهر اللفظ وقلنا انه اشترى مشروطة بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق و
يبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تغيرت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار وهما
اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يد البايع في مدة الخيار او بعدها
هلك على البايع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض
كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البايع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه
في يد المودع كهلاكه في يده وهما لو كان المشتري عبدا مأذونا له فابرأه البايع عن الثمن في المدة فله خياره
لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا منه عن التملك والمأذون له ولاية ذلك وعندهما يبطل خياره لانه
لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والمأذون ليس من اهله فان قلت اذا كان الخيار للمشتري
فالثمن لم يخرج من ملكه فما وجه ابراء البايع عن الثمن قبل ان يملكه اجيب بان القياس ينفي صحة هذا
الابراء وجوزناه استحسانا لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي
خمرا بالخيار ثم اسلم يبطل الخيار عندهما وعنده يبطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب
واضح واذا كان الخيار للبايع واسلم يبطل البيع بالاجماع واذا كان الخيار للمشتري واسلم البايع
لا يبطل البيع بالاجماع لان العقد من جانبه ثابت فان اختار المشتري صار له وان رد صار
الخمر للبايع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا
العموم يتناول البايع والمشتري والاجنبي لان شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبايع
فالاجازة تحصل بثلاثة اشياء بان يقول اجزت وبعده في مدة الخيار لانه لا يعدث كما سنذكره فيكون
العقد به نافذا وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري
الى حال لا يملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد
يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البايع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع
او باعه او كانت جارية فوطئها او قبلها او يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فيما اذا كان
الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكي والشيء قد يثبت حكما
واذا كان يبطل قصدا واما الاول فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البايع او المشتري فسخت وان كان
ذلك بحضرة الآخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي رحمهم الله لابي يوسف ان من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه
وكلامه هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالاجازة وهو قياس منه لاحد شرطي العقد على الآخر وصحح
ذلك بعدم اشتراط الرضا وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا
لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة اما

اذا كان الخيار للبايع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة
القيمة بهلاك المبيع وقد يكون الثمن اكثر من الثمن والاخفاء في كونه ضررا واما اذا كان له
للمشتري فالبايع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب تسليمه مشتريا وقد يكون المدة ايام رواج
بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة
كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام ولا نسلم انه مسلط
من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كما
كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على
العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها وعورض بان ما ذكرتم من الزام
الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفذ بالفسخ لربما اختفى
من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى واجيب بانه ضرر مرضي به منه
حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير
مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلذا قلنا ما قبل الطلاق والعتاق
والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مستوفي لان ذلك من الاسقاطات وهو
هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحق عن الدائن ولا ما قبل الزوج ينفذ بالرجعة وحكمها
يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى يتقرر
الرجعة الزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوال النفوس فاستدامته
بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قبل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان
لم تعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالزامه او لانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو راعى
ضررا ما اقدم عليه او لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قبل اختيار الامة المعتقة
الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو
مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قبل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم
وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قبل الطلاق يلزم العدة على المدة و
ان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة او لكونه بايجاب الشرع نصا دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور
في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد والاجازة وهو غير مرضي به من جانب
الآخر فلا يلزم الا بعلمه قوله ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم
دون الحضور وليس المراد بقوله كنى الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما
استمر به المراد قال واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء
كان البايع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه
باق بالاجماع وقال الشافعي اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع

فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الشيئين على انه بالخيار با
خذ ايهما شاء ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشيئة او ارادة وهما عرضان والعرض
لا يقبل والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا
معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به لا يقال قال عليه السلام من ترك مالا او حقا
فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لانا نقول المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر
والخيار ليس كذلك قيل الملكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك
واجيب بان المنتقل هو العين ونقل الملكية تبعي قبل فليكن خيار الشرط كذلك بان يحلل المبيع
من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه
وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم ملكيته مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط
الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس
الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس
كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن
الخيار كذلك اجيب بانه يثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث
متقدم فاذا مات فالى التقدم وثبت للوارث عما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار يثبت بالعقد
والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم في حق المورث
كذلك لا يطرئه النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلا منا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه
ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد لا في حق الوارث والا فلا مسلم
ولا كلام فيه والحق عين النزاع قوله بخلاف خيار العيب جوابه عما قاس عليه وتقريره لا نسلم انه بطريق
النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك
لان السبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق
للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى
في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط
لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث
المبيع وهو مجهول فثبت له خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار
غير ذلك ذاك الخيار لانه ان المورث كان له ان يفسخ فكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ
وليس له الخيار موقت فافترقا ومن اشترى وشرط الخيار لعبده تقديره كلامه ومن اشترى و
شرط الخيار لعبده جاز حذفه لدلالة قوله فانها اجازت جاز يعني من المشتري وذلك العبد على
المحذوف واشتراط الخيار للعبد لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد
صار حقا من حقوقه واجيب انه يقتضي الشرط المشروع شرعا وما كان من موجب العقد

لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط
الملك لغيره لكن العلماء الثلثة استحسنوا جوازه لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار للاجنبي كمن
احترق بالمبيع او بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن
العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف
تصحيحا له بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى ادنى
منزلة من المقتضى الا يرى ان من قال لعبده ان حنثت فيمينه كفارة عتقه بالمال لا يكون ذلك تحريرا
اقتضاء لان التحرير ادنى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه والاخفاء ان العاقد اعلى
مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط
وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد والاثم على الغير كفالة عنه كذلك واجيب
من الاول بان الاعتبار للقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار وكان هو الاصل نظرا الى الخيار و
العاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فانه
الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل
هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضى ولو صحت الكفالة
بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان لها
المطالبة بالدين قلنا الجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحال
عليه واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اختلف فعلهما في الاجازة والنقض
اعتبر السابق لعدم ما يزاحمه ولو جرى الكلام معا اختلف الرواية ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف
العاقد فسخا كان او اجازة وفي رواية ما دون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من
غيره وجه الرواية الاولى ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يقدم على غيره وفقه ذلك ان تصرف النائب
انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده فلا احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلا
بطلاق امرأته للسنة وطلقها الوكيل والموكل معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه واجيب بان
الترجيح محتاج اليه عندنا في الفعلين كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة
اليه ووجه الرواية الثانية ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كالاجازة والمبيع هلك عند البائع والمشتري
لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه الاجازة والاخفاء في قوة ما يظهر
على غيره فيزيله على ما ليس كذلك وتوضيحه بما اذا لا في من له الخيار غيره فقبض البيع ثم هلك المبيع عند
المشتري قبل قبض البائع يحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان
ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما
ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاصح قول محمد والله اعلم قول ابي يوسف قيل والله اعلم وبعد قوله ولما ملك
كل واحد منهما التصرف رجحنا جانب التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من

جهة العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف
فرجحنا من حيث حال التصرف لابقاء النسخ او الاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من
له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضته ذلك قوله واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما
ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر تصرف الموكل
وابو يوسف يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء
اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نقض البيع ووجه استخراجه ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف
من هذه المسئلة انه لم يترجح تصرف المالك كما رجحه محمد فلما لم يترجح تصرف المالك ظهر انه ذلك لو
مسئلة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت الرجحان هناك
لتصرف المالك لما كلية والرجحان ثابت هناك لتصرف الفسخ في نفسه لما ذكرنا انه يدل على الاجازة
لا على العكس ترجحنا بحال وهو تصرف الفسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك
مع تصرف غير المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف
المالك لما كلية هناك لا يستلزم رجحان الفسخ هنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ
على الاجازة لا على استخراجه ولعل الاوضح في وجه ذلك ان تصرف الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الا
الاجنبي من العاقد هنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية من غيره فترجيح تصرف العاقد من
محمد كترجيح تصرف الموكل منه وترك ترجيح تصرف المالك من الجديد واعتبارهما يدل على انه
لا ينظر الى احوال المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر لحال التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا
قال ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن و
تعيين من فيه الخيار فاما ان لا يحصلا او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس
من ذلك فان كان الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع
لجهالة المبيع والثمن وجهالة احدهما مفسدة لجهالتهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج
عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير
معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه
بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن وان تبدل العبد الذي
فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد
كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب المص بان ذلك غير مفسد للعقد لكون
من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين
قن ومدبر في البيع في ان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الآخر
بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا لا في العقد
ولا في الحكم وكما لا يدخل في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه

التصرف

حاصله ان الداخل في العقد قد الداخل في الحكم فيه في العقد غير

معلوم صح

ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تأمل منك
فاحتط وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما
فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل
مفسدا للعقد في الاخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب
بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا امتنع انعقاد العقد في حق الحكم
مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق
الآخر انعقد بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده
في الحكم لهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء وصيانة لحق محترم عند فسخ
العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة قال ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء
فهو قال اشتريت احد هذين الثوبين على ان لي ان اخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام
فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلثة واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان
يفسد البيع في الاثنين والثلثة فساده في الاربعة لان البيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية
الى المنازعة لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان
انه في معنى ما ورد فيه الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقا به وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة
الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق له والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه ربما
يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته او اختيار من يشتري به لاجله كامرأته وبنته والبائع لا يمكنه
من الحلالية الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع واعلم ان الجهالة تفضي الى المنازعة
لانه كما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم
كون الجهالة تفضي الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الا
ثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة فانما تتحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيه والزائد يقع
مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته واعلم ان محمدا رحمه الله ذكر هذه
المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلثة ايام ولم يذكره في الجامع الكبير وسكت عن ذلك
وعلى ذلك اختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها
عند ابي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وقال بعضهم يصح
العقد وان لم يذكر الزيادة ولكنا فيما ذكر كان اتفاق لا شرطا وهو اختيار فخر الاسلام حجة
الاولين ان جوازه بطريق الالحاق بمضمون السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم امكان الملحق
عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جوازه
العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير
توقيت على الايام الثلثة واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا لان الحال لا يخلو اما

لنفسه صح

ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين اولا فان لم يذكر فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلثة عند ابي حنيفة
وبمدة معلومة ايّة مدة كانت عندهما كما في الملحق به قال قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين في الزائد على
الثلثة عند ابي يوسف لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما اجيب
بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثنا لوارد فيه له
بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لكن في كلامهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثنا لوارد
لو خيار الشرط وارد فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة حتى
اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لا يلزم عليه من ثمنه شيء وهذا لان التعيب يمنع الرد
رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعا وهو يدعي ذلك منهم فكان التعيب اختيارا دلالة فان قيل قبض الآخر
لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك يجب القيمة عند الهلاك اجيب بانه اقل من ذلك لان
المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر للشراء وقد قبض
باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انقلب حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه او
اعتق احد عبديه فمات احدهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق اجيب
بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا
اشرف على الخروج عن محلية الرد للتعيين فتعين لكونه مبيعا ولهلاكهما جميعا لزمه نصف ثمن كل واحد
منهما لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له
خيار الشرط وخيار التعيين ولا يتوقف على الايام فله ان يردهما بخيار الشرط في الايام الثلثة لانه امين
في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده واذا مضت الايام
بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه
عين البيع فيه ولزمه وكان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام
الثلثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان خيار الشرط فلما تقدم
من انه لا يورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير فان قيل اهل العموم قولوا من له الخيار
فائدة قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز له
استحسانا قالوا واليه اشار محمد في المأذون لكن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار
البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في الجامع انه لا يجوز لكن هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز
بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختبار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى
في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختبار الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع
الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير وتبين مما ذكرنا ان المبيع
احد الثوبين والآخر امانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين وقد اختلف
نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف بعضها اشترى احد الثوبين ولا احتياج الى عذر وفي بعضها ثوبين و

بجاز وابتهما في الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال
اشتريت ثوبين وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
اضاف الخروج اليهما وان كان من احدهما قال ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجلا اشترى
دارا بخيار الشرط فبيع دار اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضاء
يسقط به الخيار لان اخذه بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختيار الملك لان طلب
الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك تقتضي
الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع
الدار الثانية وهو يوجب الشفعة وهذا التقريب يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة لان خيار
المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا يمنعه لاستحقاق الشفعة واما عندهما فان البيع يدخل في
ملكه فيجوز له ان يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل و
الانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد شراءها قال شمس الائمة انما وجوب الشفعة للمشتري
فاضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابي حنيفة فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك
يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب
دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا فيه دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان
المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذها بالشفعة
لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي
قال واذا اشترى الرجلان اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار ثلثة ايام فرضي احدهما دون
الآخر فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وكذا لو اشترياه ورضي احدهما بعيب فيه
وكذا لو اشتريا به ولم يرياه ثم رأياه لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكأنهما
هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله نظر لانا لا نسلم ان
اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس
لاحدهما ان يتصرف دون الآخر وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان
الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعد
اذا ان البعض لا يتمكن الا مهاياة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق منه الضرر بغيره
وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا آخر ايضا لكن لما لم يكن من الغير بل بجهة
من ايجاب شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير اقطع والجمع بين الحاصل من نفسه
فان قيل بيعه منهما رضي منه بعيب التبعيض اجيب بانه ان سلم فهو رضي به في ملكهما لا في ملك
نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا
يرد على بفعل المشتري يرد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرد فكيف خيار

لكن هذا العيب عرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ثم هما قوله وليس من ضرورة
اثبات الخيار جواب لهما والتقرير ان اثبات الخيار لهما ليس عين الرضا برد احدهما وهو ظاهر ولا
ولا الرضا برد احدهما لازم لازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتعذر احدهما اجتماعهما
على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما قال ومن باع عبدا على انه خباز
او كاتب رجلا اشترى عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى
الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار بين اخذه بجميع الثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب
فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا
او غير كاتب او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية كما في وصف
السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه
بذلك اما انه فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب
فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يجب الخيار وكلما هو وصف مرغوب فيه
يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة المثمن او الثمن كان ملائما للعقد الا يرى انه لو كان
موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفيدا له وتوضيحه اذا باع شاة على انها حامل او على
حلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه اجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط
مقدار من المبيع مجهول فيضم المجهول الى المعلوم يفسد به الكل مجهولا ولهذا لو شرط انها حلوب او ليون
لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس له وسع البائع تحصيله ولا الا معرفة
سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له ان يأتي بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح
وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم موته وحيوته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك فعنده انه يوجب
التخيير لان المشتري معارض بالجميع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا اي الذي
يجوز من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لعلة التفاوت في الاغراض
فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها نجدية فاذا هي جلد فصار الاصل ان
الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس
كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية فيفسد به العقد وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا
من المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير كفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد يدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية
على خيار العيب لكونه اقوى منه اذا كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منع لزوم
الحكم قال القدوري من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب
الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي هذا وصفتها كذا او لم يذكر الصفة او يقول بعتك

هذه الجارية المنتقبة فانه جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وقال الشافعي لا يجوز وكذلك العين الغائبة
المشار اليها الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غيرها مسمى والمكان معلوم باسمه والعين معلومة
قال صاحب الاسرار هذا كلامنا في عين هو مجاز لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اي
بالاجماع قال الشافعي المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله من اشترى شيئا لم
يره فله الخيار اذا رآه وهو مروي في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام
وهو انه قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا
كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل
تمام الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي
فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك
وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مشارا اليها لا يملكه ثم ملكه فتسليمه لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس
في ملكه والمعقود وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه
يرده ولا نزاع ثم متفق خيار الرؤية وانما افضت الجهالة الى المنازعة ولم تقل به وصار ذلك كجهالة
الوصف في العين المشار اليها بان اشترى شيئا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه
معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع
دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول المشاهدة ثم ملحق طريق الى الثاني اذا تراخى عن
حالة العقد فكذا العقد وكذا ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد واجيب بان المعارضة
ساقطة لان السلم انما يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك قوله
وكذا اذا قال نفرع على مسئلة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم ينظر ثمة كذا اذا قال ذلك
ولم ينظر ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي روينا والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود
المشروط بدون الشرط ولانه لو لزم العقد بالرضا قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص
عندها فما ادى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب سؤال تقريره لم لم يكن له الخيار قبل الرؤية
لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالبيع فكان معلقا بها فلا يوجد قبلها وتقرير
الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع متنجزا بما جاز فسخه لو وجد فيه الا يرى ان كلا من
العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقود وان لم يكن له
خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضا فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه لا يؤدي الى بطلانه
كما مر آنفا وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية
لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط اللازم فهو شرط الملزوم وقوله وكان الرضا بالشيء جواب
آخر وتحقيقه ان الامضاء للرضاء والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم بأوصافه لان الرضا استحسان
الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يستحسنه غير متصور واما الفسخ فانما هو لعدم الرضا وهو الاحتراز الى معرفة المحسنات

المحسات لا يقال عدم الرضا لاستبقاء حسن واستبقاء ما لم يعلم ماهيته غير متصور لانا نقول عدم الرضا قد يكون
باعتبار ما يدل له من اشتداد احتياجه الى المبيع او ضياع عنه او استغلاله فلا يستلزم الاستبقاء ذكر في الخلاصة
ان جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه ولكن للشايخ اختلاف قال بعضهم لا يصح قياسا على الاجارة وقال بعضهم
يجوز كالاجارة وهو مختار المص قال ومن باع ما لم يره من ورث شيئا فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا
خيار له عندنا وكان ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد
البايع الثمن زيفا فهو بالخيار ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا كما في العقد
لا يفسخ برد الثمن ويفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يثبت من الجانبين كما تقدم
هذا ابو الخيار للبايع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضا والامر جهة البيع وثبوتا من جهة الشرع
وتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فان بالرؤية يحصل الاطلاع على ما قابل
لا يحصل بالعبارة فلم يكن البايع راضيا بالزوال فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ وجه القول
المرجوع اليه انه معلق بالشرط فلا يثبت دونه كما تقدم فان قيل البايع مثل المشتري في الاحتياج لتمام
الرضا فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان
يظنه خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبايع لو رد باعتبار ان المبيع ان يجد
تماظ فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فانه هو صحيح لم يثبت للبايع خيار واذا لم يكن في معناه
لا يلحق به قيل المعلق بالشرط يوجد بعد وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيارين
فليجر منا البايع واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمنا لكن القياس على
مخالفة الاجماع باطل ولحكيم جبر بن عثمان وللمرة كان يحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكره احد فكان
اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة حين بلغه الحديث قال
ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره
عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه معلق بالاطلاع على حال المبيع فاستيفاؤه بالعيب والاصح عندنا انه
باق ما لم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لانعدام الرضا فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل
خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط
في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل
الاختيار والا يبطل فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزم البيع
بفعل ما يمتحن به اولا مرة فات فائدة الاختيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به او يمتحن به
لكنه للتجارة في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى
هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير
الملك في الجملة فلو استخدامها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليه
لحصول الامتحان باول مرة ولهذا يبطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لكن صلاحها للوطء

فد لا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختيارا دليل على هذا الكلي مسئلتان احديهما انه
لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار
الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في
فتاوى قاضيخان واجيب بان الاصل فيهما ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا
يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلذلك
لا يعمل في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل
خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا بعد
البيع والاخذ بالشفعة والعرض ليسا منهما فلا يكونان واردين ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين
تصرف يبطل قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطل قبل الرؤية ويبطل بعدها فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه
كالاعتاق والتدبير والذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري و
الرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعقد الملك وملك المتصرف في العين قائم فيصادف المحل وينفذ
وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ ويبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ
فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رضي المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يملك
الرد وقد بحث من وجهين احدهما ما قيل ان يبطل الخيار قبل الرؤية مخالف بحكم النص الذي رويناه
والثاني ان هذه التصرفات اما ان يكون بصريح الرضا او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية
فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها
عن اهلها مضافة الى محلها انعقد صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان
دلالة الرضا لا يزيد على صريحه اذا لم يكن من ضرورة صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورة صحة
التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال واما الاول فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع
بشرط الخيار للمشتري والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يزيد على صريح الرضا
او لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطل قبل الرؤية فدلالته اولى يعني اذا لم يكن من ضرورة الخبر ويبطل بعدها
لوجود الدلالة مع عدم المانع قال ومن نظر الى وجه الجارية اعلم ان للبيع اما ان يكون شيئا واحدا
او اشياء متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الاحاد او لا فذلك اقسام ثلثة فان كان الاول فليس
رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد يكون متعذرة كما اذا كان عبدا او جارية فان
في رؤية جميع بدنها رؤية عورتها وذلك في العبد لا يجوز اصلا فسخ العقد ولم يفسخ وفي الامة لو فسخ
العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان النظر في رؤيتها واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل
فصار كانه لم يكن فكان النظر وقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البايع يتعذر بانكسار ثوبه
بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد وان كان الثاني كالبيض
والدراهم والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي

لتفاوت في احاده وان كان الثالث كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مر اليه
المص يكتفى برؤية واحد منها لان رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت ان يعرض
بالنموذج الا ان يكون الباقي اردأ منها فحينئذ هذا اذا نظر الى وجه الصبرة يثبت الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل يعرف
بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب يثبت ايضا تماما يعرف البقية الا ان يكون في طيه ما كان مفضيا الى الفساد واذا
نظر الى وجه الارض يثبت الخيار لانه هو المقصود في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع الا يرى الى انه يتفاوت
القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء واذا نظر الى الوجه والكفل في الدابة يثبت الخيار لانهما
مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن ابي يوسف رح وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان
كان المكيل والموزون والعددي متفاوتا وعاين فرآها في احدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رآه او فوقه يثبت الخيار
او يكون دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل كيلا يتفرق الصفقة واذا اشترى شاة فاما ان يكون
للحم او للضرع او للدر والنسل ففي الاول لا بد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع
وفي المطعومات لا بد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود قال ومن رأى صحن الدار فلا خيار له
رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارجه يسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها
متعذر الرؤية كباطن الثمرة وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وحينئذ سقط شرط رؤية الكل فاقتصر
رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كانت في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط
رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمربط والعلو الا في البلد يكون العلو مقصودا
كما في سمرقند وقال زفر وموسف ابن ابي ليلى لا بد من دخوله داخل البيت والاصح ان جواب الكتاب اي المذكور
على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون
بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما البيوت بدار هم فلا بد من
الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها فالنظر الى الظاهر لا يفيد العلم بالباطن
وهذه ثلثة زفر يوزه قال ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري
لغيره كن وكيلي في قبض المبيع او وكلتك بذلك وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك
او امرتك بقبضه اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه يسقط خيار المشتري فلا يرد الا بعيب علم
الوكيل او لم يعلم وقال الفقيه ابو جعفر اذا رأى عيبا يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب
واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرد عند ابي حنيفة وقالا نظر الرسول
لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فيما سواه في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يرد ولما كانت
رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء اليه حكاه كذلك فسر المص بقوله معناه الوكيل
بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكيل
اي قيد الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك
اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فنظر الموكل

وانما عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل ولكن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط
للموكل وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار فصدا لا يسقط خيار الموكل وانما
اي حنيفة مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبض ومعه وراءه وناقص وهو ان يقبض وهو
مستور قوله وهذا اشارة الى مقدمة هي بالنوعين وبيانه ان تمام القبض يتم الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء
خيار الرؤية لان تمامها لا تتأتى مع الزوم بحيث لا يرتد الا برضاه او قضاء وخيار الرؤية والشرط
يمنعان من ذلك واذا ظهر هذا قلنا الموكل يملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك
عند اطلاق التوكيل حملا بالاطلاق فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فا
فاسقط الخيار لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار قلنا الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة
اجاب المص بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي
هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره انه لم
يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا والاول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل ضمنا
المتوكل به وهو القبض حتى لو رآه قبل القبض لم يسقطه به الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا
يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب و
قوله على خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد الا برضا
او بقضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل
تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة ومن موضحات ذلك
ان خيار العيب يثبت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يقصد التوكيل بالقبض لاستيفائه ولا
يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يطلع مفتقرا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى
شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض
التام لان تمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو
المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيدنا بالتام لان للوكيل بملك الناقص فان القبض مع بقاء
الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان التمام ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ
الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز بيع الاعمى
مطلق وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي رح ان كان بصيرا فكذلك الجواب وان
كان اكمه فلا لجهله بالمبيع والاشراف اصلا لانه لا علم له بالاثمان والصفات وهو مجموع يعامله الناس
التمييز من غير نكير وبان من اصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الامر به لغيره فاذا احتاج
الاعمى الى ما يأكل ولا يتمكن من شراء المأكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من الفتح ما لا يخفى ولنا
انه اشترى مالا مرئيا ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل وفيه نظر لان قوله لم
لم يره سلب وهو يقتضي ثبوت الايجاب وهو انما يكون في البصير والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا

من معاملة الناس العميان من غير نكير فان ذلك اصل لاجماع الشرع بمنزلة الاجماع ويسقط خيار عيبا شرعا هو
سبب العلم بالمعقود فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط وان كان مما يعلم بالشم فبشمه و
بذوقه في المذوقات واما اذا كان بحرا او ثمرا على شجر او عقارا فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف
يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال بعضهم انه يلمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم او وصف له
او وصف ومس وقال رضيت سقط الخيار وروي عن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان الرائي بصيرا
لرآه وقد قال رضيت سقط خياره لان المشتري يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين واجراء
الموسى في حق الاقرع والاصلع والطلاق الرواية يدل على انه يقول بذلك من غير اشتراط الوصف قال محمد
في الجامع الصغير قال ابو يوسف في الاعمى اشترى الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده فان كان في مكان
لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيت لم يكن له ان يرده وقال الفقيه قال بعضهم يوقف في مكان لو كان
بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال وبه نأخذ وقال الحسن بن زياد وكيله يقبض
وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له
فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد قد تم وسقط الخيار فلا يعود ولو اشترى بصيرا ثم عمي انتقل الخيار
الى الصفة لان الناقل الى الخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد
وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية قال ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما تقدم ان في الجمع
بين الاشياء المتفاوتة الاحاد في البيع رؤية بعضها لا يعرف الباقي بل لا بد من رؤية كل واحد منها وعلى
هذا اذا رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما
ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار
الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها حجة تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون
الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث
منهي النبي عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله
صلى الله عليه ومن اشترى لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث
النهي عن المجبر واجيب بان موجب النهي الحظر في جميع صوره وموجب المجبر ليس كذلك فانه لا يملك الرد
اذا انعتق او اعتق احد العبدين او دبره والحظر راجح بانه يحرم والحرمة راجح على الندب ولانه متأخر عن
المبيح لبلا يلزم تكرار النسخ وبان الرد كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى
ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى قيل النهي عن تفريقها مطلق
وقد قيد ثم بما قبل التمام فيكون متروك الظاهر وهذا مرجوح والجواب ان النهي عن التفريق والتقييد
بما قبل التمام بالكل على ابتداء الصفقة فانه اذا وجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول
في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الرديء الى الجيد ترويجا له
بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق

فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا يتمكن رد الآخر ايضا
لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي
فصل الاستحقاق لم يتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة
حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان
الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي
لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر
يلزم البائع قال ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل
الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل وكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث
في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة ومن
رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم بأوصافه
حاصل بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فيثبت العلم بالاوصاف وثبوت
الخيار منافاة وثبت احد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت
الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان
المشتري ذلك المرئي فان له الخيار حينئذ لعدم الرضا به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم
ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وهنا لما كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير علما كان العلم
بها حاصلا فلا يكون له الخيار وفي ذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضا به وحيث لم يعلم
انه مرئيه لم يرض به وكان له الخيار وان وجد متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم يقع معلقة باوصافه
فكانه لم يرها وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بسبب او
بتبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع متمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد
وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقبله هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع الباقي الخالي عن الشروط
المفسدة ظاهرا والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض قوله
الا اذا بعدت المدة على ما قالوا اي المتأخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ
يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر
فالقول قوله وابو حنيفة رحمه الله سئل عن الامام السرخسي وقال ارأيت لو كانت جارية شابة رآها فاشتراها
بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير كان يصدق على ذلك وكذا خلاف ما اذا اختلفا
في الرؤية متصلا بقوله فالقول للبائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول
المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله
مع يمينه قال ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط
جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع

منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المص لانه لو لم يقبض لم يقع تصرفه فيه ببيع او هبة
فاذا قبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الرطبة الا من عيب
ذكر الضمير في قوله ولم يرد وغيره نظرا الى العدل وانثه في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع
منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا فات العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع
ثوبا منه او وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة
قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه
وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى
المشتري بسبب وهو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في الهبة فسواء المشتري
الاول او الواهب على خياره لجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق
الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وفي الحدود ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان
الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري ن

باب خيار العيب

اخر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه
اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده ش يطلق العقد
يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي ان رسول الله عم اشترى من عداس
ابن خالد بن هودة عبدا وكتب في عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله عم من العداس خالد بن
هودة عبدا لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما روى الحسن عن ابي حنيفة
المرض في الجوف والكبد والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد
والرئة وفيما روى عن محمد رح انه قال الداء المرض والغائلة ما يكون من قبيل الافعال
كالاباق والسرقة والخبثة في الاستحقاق وقيل الجنون وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة
المبيع عن العيب ووصف السلامة يثبت بوجود العيب فعند فواته يتخير ش الرضا داخل في
حقيقة البيع وعند فواته ينتفي الرضا فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به قال قبل تقديم كلامه على الوجه
المذكور يستلزم انتفاء البيع ش مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له واذا
فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم وعن
انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان ش الفائت وصف اذ العيب
اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او لغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل و
الزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة والسن الساقطة واما ان يكون بما يوجب النقصان
معنى لا صورة كالسواد القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى والدفر والخبث الجارية وفي ذلك
كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ش الثمن اما ان يقابل بالوصف كالاصل او بالاصل
بالاوصاف او بالعكس لا سبيل الى الاول والثاني لئلا يفضي الى مزاحمة البيع الاصافتين

الثالث قوله في بحر العقد اخر زعما اذا كانت الاوصاف منصوصة بالتناول وقوله ولانه لم يرض
بزوال العدل اخر عدم جواز امساكه باخذ النقصان او قيمته او ارشه وتقريره ان البائع
لم يرض بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن
مرضيه وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجوب البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه
من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضا لكن يمكن تداركه بترد المبيع بلا مضرة
فلا ضرورة في اخذ النقصان قبل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم فالبائع يتضرر لما ان الظاهر
انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما اسقاط الخيار لهما او عدمه
لهما اجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه وثمار سنة لها زمان فانه غانما بصفة ملكه له
فلا يكون له الخيار وان ظهر خلافه واما للمشتري فانه ما رأى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم
حصل له فيثبت له الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع تضرر من غير علم حصل له فيثبت
الخيار ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يرد المشتري عند البائع البيع ولا عند
القبض لان ذلك ان رؤية العيب عند احدهما الخالي بالعيب دلالة ق ـــ يعني وكلما اوجب نقصان
الثمن العيب ما الخ عنه اصل الفطرة السليمة وذكر المص ضابطة كلية تعلم بها العيوب الموجبة للخيار على
سبيل الاجمال فقال وكلما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب ش التقرر بنقصان المالية و
نقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفة مقدارها ق ـــ والاباق و
البول في الفراش والسرقة عيب الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه ما دون السفر للصرائي القرية او
بالكسر فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر وما دونه فيه سواء فلو ابقت الجارية من الغاصب
الى مولاها فليس باباق وان ابقت منه ولم ترجع الى مولاها علانية بمنزلة وتقرر على الوجه الى فهو عيب وان
فات احدهما فليس بعيب واذا بال في الفراش وهو مميز يأكل ويشرب وحده فكذلك واذا سرق درهما من
مولاه او من غيره فكذلك لا خلاف لهما بالمعصية لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع
يده في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات فان سرقتها
من مولاه ليست بعيب فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب
يرد به واذا وجدت عندهما في حال كبره فكذلك واما اذا اختلف كان عند البائع في صغره وعند المشتري
في كبره فلا يرد بذلك لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب ق ـــ والجنون
في الصغر عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط بقاء الحالين الخالي
في الحالين والجنون هو فساد البالغ واذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة ثم عاد عند المشتري
في كبره يرده وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلواني وشيخ
الاسلام وهو رواية المنتقى بناء على ان الشأن لا ترتفع وذلك يثبت في حق البيع عينه لان الله
تعالى قادر على ازالة الحدث لا يثبت لا يثبت اثره شيء والاصل في العقد اللزوم وكلمة الرد الا بالمعاودة ولو

فلا يثبت

المذكور في الاصل والجامع الكبير قال والبخر والدفر عيب في الجارية الدفر رائحة مؤذية تجيء من الابط
والدفر بالذال المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر وابط دافر وهو مراد الفقهاء
من قولهم الدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كلاهما عيب في الجارية لان الاخلال بالمعاشرة
يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا
لا يكون في الناس مثله لانه حينئذ يكون مرضا والداء نفسه يكون عيبا والنتن ولد الزنا عيب في الجارية
دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد يغتذي بلبن امه وليسا بمخلين
في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المشايخ فانه يصير عادة
ويحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما الكفر عيب في الجارية والغلام
لان طبع المسلم ينفر عن صحبته والتنفر عن الصحبة يؤدي الى قلة الرغبة وهو يؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا
ولانه يمنع ضرب عشرة التعزير بالاتفاق عن كفارة اليمين والظهار عند بعض فتختل الرغبة فان اشتراه على
انه مسلم فوجده كافرا فله سببه في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لم يرد عندنا لانه زوال
العيب وزوال الشيء لا يكون ايابا كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم على هذا ذكر الكفر فيما اذا اشتراه على انه
كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف البتة لا محالة وقال ان فوقه به لانه
فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستخدمون العلوج والجواري ان
هذا رجوع الى ديانته ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع حيضها في اقصى غاية
البلوغ وهو سبعة عشر سنة فهي عند ابي حنيفة وادعى المشتري بعد ثلاثة اشهر من وقت الشراء انها ذوات حيض
او اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد او ستة فيما روي عن ابي حنيفة وزفر رحمهما الله انها تحيض جبلا او
لداء كان ذلك عيبا ترد به والمرجع في الجبل الى قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة
وفي الدواء قول الاطباء مقبول فيه قول عدلين قال ابو الحسن يكفي قول عدل واحد منهم وقيدنا بان يكون الدعوى
بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلتفت القاضي الى صفاء في ذلك وبان يكون دعواه مشتملة
على انضمام الجبل الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا
وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء
لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العادة
وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف
ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان انكر البائع ذلك لا يرد عليه الا بالحجة ولا يقبل فيه قول الامة
وحدها فيستحلف البائع فان نكل يرد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية و
وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في حق الخصومة فقبلت في الحيض
في انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن
قال واذا حدث عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية او غير هائم الملح

على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوم المبيع سليما من العيب القديم ومعيبا به
فما كان بينهما من عشر او ثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان الرد اضرار بالبائع لخروج
المبيع عن ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به فالاضرار ممتنع ولا بد من دفع الضرر عنه اي عن
البائع ويجب ان يرجع الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالمعيب لان مقتضى العقد مقتضى السلامة والرجوع لم يبق
طريقا للدفع فتعين متلفا الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضا اسقاط الحق
كان للمشتري ان يرضى ان يأخذه بعيبه القديم فان قيل اين قولكم الاوصاف لا تقابلها شيء من الثمن
اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وهنا كذلك كما مر قال
ومن اشترى ثوبا فقطعه ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو
عيب حادث لانه اتلاف البائع بتفريقه معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري
في دفع الضرر لان البائع غره بتدليس العيب لان القطع للعيب لا يمنع عن عمله المال كالغاصب اذا صبغ المغصوب
فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار بالبائع لانه لم يفعل باشره وفي عدم
الرد وان كان اضرار بالمشتري لكن يجبر بما باشره فكانا سواء فاعتبرنا نظرهما الا اذا قال البائع انا اقيله
كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به فكان اسقاطا لحقه فان قيل ما الفرق
بين هذه المسألة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان
العيب عند ابي حنيفة اجيب بان الفرق انما هو للمالية لصيرورة البعير عرضة للنحر والفساد ولهذا لا تقطع
يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز
ان يقول البائع كنت اقيله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضا البائع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا المبيع ولا
رجوع بالنقصان اذ ذاك لامكان رد المبيع واخذ الثمن لا البيع وتوقيع الثوب وخالطه او صبغه احمر او لت
السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على
الاصل بدون الزيادة او عليهما ولا سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانه لا انفكاك عنه واما الثاني فلان الزيادة
ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبائع ان
يقول انا آخذه فنعتبر الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن
والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة هنا تحصل تبعا للاصل
باعتبار التولد نحو الصبغ والخياطة واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع
او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والحسن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة يمنع
عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق
ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة للمشتري مجانا على ما في الولد والفرق بينهما ان
الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد
متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا ان باع المشتري الثوب المخيط

او الثوب المصبوغ بالحمرة والسوق للمتوت بالتمن بعدما رأى العيب يرجع بالنقصان لأن الرد كان ممتنعا
قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخيانة كان حابسا والأصل في ذلك أن كل
موضع يكون للبيع قرار عاقبة على ملك المشتري ويمكنه الرد برضى البائع فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان
العيب وكل موضع يكون للبيع قرار عاقبة ولا يمكنه الرد وإن رضي به البائع فإذا أخرجه عن ملكه يرجع بنقصان
العيب وعن هذا أي مما قلنا أن المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا
يرجع قلنا إن من اشترى ثوبا وقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان
لأن التمليك حصل قبل الخيانة لأنه لما قطعه لباسا له كان واهبا له ثوبا بعد الخياطة فتم الهبة بقبض الإيجاب
وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث والمشتري الرجوع بالنقصان والبائع أن يقول أنا أقبله
كذلك لكن باعتبار أن القطع للولد الصغير وهو تمليك لو صار حابسا للمبيع فيمنع الرجوع بالعيب وهذه
نظيرها إذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسألة ليس بمحتاج إليه إلا أنه ذكرها اعتبارا
الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصان العيب لأن القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب
وبالخياطة امتنع الرجوع حق المشتري بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد
قبله وهذه نظيرها إذا باعه بعد الخياطة والصبغ والقطع قال ومن اشترى عبدا فأعتقه اشترى عبدا
فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان لما أن الموت فلانه الملك بشرى بالجهل أي بالعيب وكلما انتهى فقد
لزم لامتناع الرد حينئذ وفيه إضرار بالمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر فإن قيل
قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على أن الامتناع إذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما إذا صبغ الثوب
أحمر فإنه امتنع الرد بفعله ويرجع الرجوع بالعيب أجيب بأن امتناع الرد هنا بسبب رجوع الزيادة في المبيع
بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع طريق الشرع وهو شرط الرد وإن كان حينئذ يجب أن يقول والامتناع حكمي لا بفعله
الذي يوجب الزيادة والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصبغ بما حصل من فعله من زيادة لا بفعله وأما الإعتاق
فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله وفي ذلك يمنع الرجوع لأنه لما اكتسب بسبب تعذر الرد كان حابسا وفي الاستحسان
حكما فكأنه رد بجميعه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي
ما خلق في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه وقتا إلى وقت الإعتاق ولكن ثبت الوقت ينتهي بانتهائه فكان
الإعتاق إنهاء كالموت قوله وهذا أي الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لأن الشيء ينتهي بانتهائه فيجعل كأن الملك
باق والرد متعذر فصار حابسا إلا أن الولاء يثبت بالعتق والولاء أثر الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك
والتدبير والاستيلاد بمنزلة الإعتاق لأن النقل إلى ملك البائع تعذر بالرد بالأمر الحكمي مع بقاء المحل والملك فكيف
كيف يكونان كالإعتاق وهو متعذر دونها فالجواب أن الإنهاء يحتاج إليه لتقرير الملك بجهل ما لم يكن كاسبا وههنا
الملك مستقر فلا حاجة إليه وإن أعتقه على ملك أو كاتبه لم يرجع بشيء لأنه جبر بدله وجبر البدل كجبر المبدل عن
أبي حنيفة أنه يرجع لأن الإعتاق إنهاء للملك وإن كان عوضا لأن المال فيه ليس بأصلي بل من العوارض ولهذا
يثبت الولاء به [illegible] المشتري العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب لظاهر الرواية

وعن أبي يوسف أنه يرجع وذكر في الينابيع لمحمد مع أبي حنيفة لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم فيتعذر بعد الرد
كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على قرار ملكه وللمتقدم حكمه وجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا لكونه
دم ليس في الإسلام دم مهدر جزاء بمنطلق وسقوط القصاص والدية عن المولى في قتل عبده إنما هو باعتبار الملك
فصار كالمستفيد بالملك عوضا عن الإعتاق فإنه ليس بموجب للضمان في غير الملك فلما تعذر رده و
من أحد الشريكين إذا كان متعمدا فقد تخلت عن الضمان فلم يصر به مستفيضا فيمنع الرجوع وإذا كان المبيع
طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لا يرجع عند أبي حنيفة استحسانا وعندهما يرجع لأنه صنع في المبيع ما يقصد به إتلافه
ويعتاد فعله فيشابه الإعتاق ولأبي حنيفة أن الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما إذا باع أو قتل وذلك
لأن الأكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب
عن قولهما أنه لا معتبر بكونه مقصودا لأن المبيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق وإن أكل بعضه
ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
روايتان وفي رواية يرجع بنقصان العيب لو أكله لأن الطعام في حكم شيء واحد فلا يرجع ببعضه بالعيب وأكل الكل
عندهما لا يمنع الرجوع فأكل البعض أولى وفي رواية يرجع مطلقا لأنه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض
كما قبض ويرجع بنقصان العيب بأكله وفي بيع البعض منهما روايتان في إحداهما لا يرجع بشيء لما هو قول أبي حنيفة
وهو المذكور ههنا لأن الطعام كشيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الأخرى يرجع لأنه لا يضره التبعيض
ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل قال ومن اشترى بيضا أو بطيخا إذا
اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو جوزا أو لبنا في ضرع أو نواة فكسره فوجد الكل فاسدا بأن كان منتنا
أو مرا أو خاويا يجب أن لا يصلح لأكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه فإن له أن يرجع
بالثمن كله لأنه يتبين بالكسر أنه ليس بمال إذ المال ما ينتفع به انتفاعا في الحال وفي المآل والمذكور ليس كذلك ولنقض
من القبض بأخذه فإنه إذا كسر عالما بعيبه صار راضيا وإذا صلح لأكل بعض الناس والدواب وجب
قيمة اللب كان من العيوب لأن الفساد وإن تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا وإذا لم يكن مالا لا يكون
مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا وإن قيل التعليل صحيح في البعض لأن لكل لا قيمة له ولما الجزء فربما يكون
لقشره قيمة في موضع تستعمل استعمال الحطب لغربة يجوز أن يكون العقد صحيحا في القدر يحصل بمقابلته المحل ويرجع
على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا أصحاب المختصرات ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن
ماليته لجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد
الثمن ويرجع بقدر الثمن وعلى هذا إن كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشايخ أنه يرجع
بنقصان العيب وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه
وإذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرد لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان
من الجانبين وقال إن الشيخ رحمه الله لأن الكسر وإن كان عيبا حادثا لكنه بتسليط قلنا التسليط على الكسر في ملك
المشتري لا في ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم الإذن

عليه فصار كما اذا باع ثوبا فتلفه ثم وجد عيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليم منه لكونه
هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالثلث في المائة او كثيرا كالثلث فوقه ففي الاول
جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضا بالمعتاد
والجزء في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد
كالجمع بين الحر والقن قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه
بعيب فاما ان قبله بقضاء القاضي او بغير قضاء القاضي فان كان الاول فاما ان يكون باقرار او بقضاء
في هذه الصورة ان الخصم ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك واثبت الخصم بالبينة واما اشير
الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ
ليس له ان يرده على بائعه لانه اقاله واما ان يكون بينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بائعه
لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله فانه الامر
اشارة الى جواب زفر حيث قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البائع الا ان يدعي به عيبا لكون كلامه
متناقضا وجه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي
ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقال البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة
لا يملك حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله وهذا بخلاف الوكيل اشارة الى جواب ما يقال اذا رد المبيع
بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه
ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان ورد احدهما لا يرد
الآخر وان كان الرد فليس له ان يرده لانه اقاله وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا
اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما كان الرد بقضاء او بغير
قضاء لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرؤية وصرح
بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة وفي عيب
يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لا يحدث وقد رده بغير قضاء
فله ان يرده على بائعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات كتب الاصل والصحيح
رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع
الاول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الاول لتجاحمه قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى
عيبا ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة
فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن او المبيع واستشكل
هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح
لان اليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لا ينتهي
واجابوا بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا وبات يعلل الكلام متفقا

للفظ عام بندرج تحته الغائبات فيقال له يجبر على دفع الثمن حتى يبرهن الحكم ابن حكم الاجبار او حكم عدم الاجبار
لان كل واحد من الخلف واقامة البينة حكمهما من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها تبنا بمعنى اطعمتها فانه يستعمل
في السقي كما استعمل العلف في معنى الشرب قال الله تعالى ومن لم يطعمه فانه مني اي من لم يشربه وبات الانتظار مستلزم
لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس
بلازم قوله لانه انكر وجوب دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر
تعيين حقه بدعوى العيب وانكار تعيين الحق انكار لعلة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس
الا لتعيين حق البائع بازاء تعيين المبيع حيث انكر تعيين حقه في المبيع لان حقه في التسليم فقد انكر علة
وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار المعلول فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهي اما بينة
او يمين البائع قوله فان قبله هذا التعليل في الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد العجز الى اقامة
البينة بالحديث فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وموقف مدعي يدعي ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن
اولا وان كان في الصورة منكرا وقوله ولانه لو قضى بالدفع دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر
وهو البيع مع التيقن بتحقق وما ادعاه المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق وتقريره ان ما
ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه عن النقض فانه
ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضاء قال فان قال المشتري شهودي بالشام اذا
طلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البائع فان حلف دفع اليه
الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرر ايضا اجاب للنص
بقوله وليس في دفع الثمن كبير ضرر به لانه على حجته يعني هو يتمكن من اقامة البينة عند حضور شهوده
وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بناء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه
والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقوفان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا و
الآخر دونه والجواب عن الاول ان القاضي هنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا
فلا يلزم البطلان وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود منهم جواز ان يكون ذلك مماطلة فلا يسمع
قوله في حق غيره واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل الزمه العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب
قيد هو احتراز عن النكول والحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة
قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي
لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال
للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم تقوم عليه ان لم يدع
الرضا او الابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلافا في الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان
اقاما عليه رد عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يابق عنده وان لم يحلف
قبل اقامة المشتري البينة لان الرد وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام

كان

العيب به في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة وفيه بحث من وجهين
احدهما ان البينة انما تقبل عن المدعي فالمشتري في هذه الصورة ليس بمدعي بل فيما اذا ادعى العيب بعد البايع
والثاني ان سلامة الذمة عن الدين اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض
وان فرق بين ما نحن فيه وبين ما ادعى على آخر دينا وانكر المدعى عليه ذلك فان العامي يسمع دعواه ويامر
الخصم بالجواب وان لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول بان اقامة هذه البينة من لمة اقامة
البينة على ان العيب كان عند البايع لعدم تمكنه من تلك الابينة وكانت من المدعي بهذا وعن الثاني بان
قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوسل المدعي الى اجباء حقه لانه ربما لا يكون له بينة او كانت
له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توسل المشتري الى اجباء حقه ممكن لان
العيب اذا كان قديما يثبت ويثبت امكن اثباته بالمتعرف عن انكاره وان لم يعرف بالانكار امكن التعرف عنه
بالرجوع الى الاطباء والقوابل واذا ظهر هذا فاذا اقام المشتري البينة حلف البايع على البتات بالله لقد
باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء
حلف بالله ما له حق ان تطلبك عن الوجه الذي تدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا يحلف بالله لقد باعه
وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة عن
هذا المعنى وبه يتضح ان المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم
تعلقه بالشطرين جميعا والجواز ان يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون عرض البايع عدم
وجود العيب في الحالين جميعا حتى وجوده في احدهما يكون بارا لان الكلام يتنقى بانتقاء جزئيه وبه يتضرر
المشتري وانما قال يوهم تعلقه بالشطرين اشارة الى ان تاويل البايع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه
موهم لذلك بما ذكر لان بعض الائمة ذكر هذه العبارة في الخلاف وقال الا انهم قالوا النظر للمشتري يقتضي اذا
استحلفه بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول لان البايع يبقى العيب عند البيع و
التسليم فلا يكون بارا في يمينه اذا لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا وعلى هذا فلو قال ان يقول في عبارة
المصنف لانه قال اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه
بالشطرين فيقال وقالوا انما قال يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح واذا لم يكن التاويل صحيحا كان الحلف
جايزا وهو ينافض قوله لا يحلف الا اذا احتمل النفي على الوجه الاحوط وان قيل الاباق فعل الغير والتحليف
على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم
المعقود عليه سليما كما التزمه وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه
لا علم له بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فان لم يحلف المشتري بينة على قيام العيب عنده و
اراد تحليف البايع بالله ما يعلم ان الابق عند المشتري هل له ذلك او لا قيل له ذلك على قولهما واختلف
المشايخ على قول ابي حنيفة وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المص وقيل لا خلاف في هذه
المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف

اذا

الاعتبار

فيستقيم

اما اذا ادعى ان في علمه بذلك

بالاستفراد وابي حنيفة على قول من يقول لا تحليف على مذهبه ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى
الا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها ولا
نسلم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف
والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد يقدم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف شرع لقطع الخصومة وكان مقتضيا سابقة الخصومة وان لا يكون للمشتري ههنا خصما الا بعد قيام اثبات
العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا يستلزم كونه خصما
واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على البتات عليها تقدم قال المص ان كان الدعوى في اباق
يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب الرد بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف
مطلقا كان ترك النظر في حق البايع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البايع
في حالة الصغر ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البايع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى
عليه بالرد لتكوله ويتضرر به قال ومن اشترى جارية وقابضا ومن اشترى جارية وتقابضا التقابض للتبايع
الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البايع تخصيص الثمن على تقدير الرد فقال بعتك هذه واخرى معها
وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض
لانه اعرف بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني غلامين
وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا
في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا فقال البايع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا
احديهما فالقول قول المشتري لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا اولى
لان كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما
قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بالف درهم فقبل
وقبض احدهما وهو سليم ووجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المعيب خاصة بل يأخذهما او يدعهما لان
الصفقة تتم بقبضهما لما ان تحرف المشتري بالمبيع قبل القبض لا يمنع لحدوث تمام الصفقة حينئذ وما تتم بقبضه
الصفقة بقبض بعضه لانه لو تم لتوقف على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو
لا يجوز لما ذكرناه يعني فيبطل باب خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم فيه وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز
لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك
الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال
بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا قال ولو وجد بالمقبوض عيبا فلو
فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه وكلام المص يشير الى ان
الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف انه يرد خاصة ووجهه ان الصفقة تامة
في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض

بقوله لان الصفقة تتم بقبضهما

المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يرد بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا
لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده خاصة وقال زفر لا فرق بينه
وبين ما تقدم لان قيد تفريق الصفقة ولا يضرر عن حزرا ذا العادة جرت بضم الجيد الى الرديء
فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا
فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم
بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده
وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضا من المشتري عند القبض على صفة السلامة
كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بتمام العقد ونضرر البائع انما
لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما
ايضا لوجود التدليس لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز قلنا هذا الاختلاف في
شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يمكن كذوجي خف ومصراعي باب
فانه يرد هما او يمسكهما حتى لو كان المبيع زوجين قد اتلف احدهما بالآخر بحيث لا ينتفع بدونه
لا يمكن رد المعيب خاصة قوله ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق
احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام
قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن لم يتفرق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض
في مساواة الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء
كان في وعاء واحد او في وعاءين على اختيار المشايخ وقيل اذا كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين
يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع وجه الاظهر انه اذا كان
من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما اما الاول فلانه يسمى باسم واحد كالبر والتمر ونحوهما
واما الثاني فلاتحاد المالية والتفاوت فيهما باعتبار الاجتماع لان الجملة بانضمامها اليست لها صفة
التفاوت ولهذا لا يجوز بيعها وجعل رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا
وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع
والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك في مثله
لكان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو
باطل بالاجماع قال وله ان على احدى الروايتين عن ابي حنيفة سائغ وعلى الاخرى انما لزم العقد في
الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق
وغيره لانه في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب
ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا ومنزلة ليرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة
عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب فيه زائد بين الاثنين كالكل

اي امساكه قوله والاستحقاق يجوز ان يكون جوابا لسؤال تقريره انتفاء الخيار في ما سبق يستلزم تفريق الصفقة
لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستند الى تمام رضاه وبالاستحقاق
لا ينعقد ذلك ولهذا قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعدما افترقا العقد صحيح فظهر ان تمام العقد
يستند الى تمام رضا العاقد لا المالك وهذا يكون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد اذا كان بعد القبض
واما اذا كان قبله فلا بد ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك الى تمام الصفقة
يحتاج الى رضا العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه
المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في ما سبق لان التشقيص في ثوب عيب لانه يتضرر في
بيعه والانتفاع به فان قيل حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع بالعيب الرد
اجاب المصنف له وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث ظهر
الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر وتنبه
بكلام المص يجد حكم العيب والاستحقاق سببين قبل القبض في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن
او غيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق فلقوله اما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق
الصفقة قبل التمام ويجد حكمهما بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا
لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر وقال في المكيل والموزون يرد كيلا او وزنا خاصة ومراده بعد القبض
قال ولو استحق البعض لا خيار له في ما سبق قال ومن اشترى جارية وجد بها قرحا خدا واه
المشتري جرح الجارية المشتراة وركوب الدابة في حاجته عد رضا بالعيب لان ذلك دليل قصد الا
ستيفاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب شرط التمكن من الرد
فكانت دليلا قصد الامساك والدلالة تكفي في الامور الباطنة بقيام مقامه ولا يتمكن من الرد بذلك العيب وله
ذلك بعيب آخر لان الرضا بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه
للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليستقيها او ليشتري
لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له هذا او لا لان في الركوب ضبط
الدابة وهو احتفظ لها من حدوث عيب آخر واما السقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة
الدابة لكونها شموسا او لعجز عن المشي لضعف او كبر او لكون العلف في منزل واحد اما اذا وجد منه
بدا لا يعد رضا لان العلف في العبدين وركب كان الركوب رضا لان حينئذ ممكن بدون
الركوب قال ومن اشترى عبدا فسرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا فسرق ولم يعلم به المشتري
لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف
الثمن عند ابي حنيفة وقالا انه يقيمه سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف
اذا قتل به كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان الموجب في يد البائع سبب القطع و
القتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري ونعرف فيه نافذ فكون المالية باقية

قبل التمام لان تمامها بالرضى والمستحق لم يكن راضيا ونوجيه ان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة

ان صح

الرد صح

فينتفي العقد فيه لانه بعقده لكنه متعيب به لانه مباح اليد او الدم لا يشترى كالسالم لانه استلذ من المرض
الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المتعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وهنا قد تعذر اما في صورة
القتل فظاهر واما في صورة القطع فان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الواجب فكان كعيب حدث
في يده ومثله مانع من الرد بعيب سابق كما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت
الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بنقصان ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان
سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا
الى السبب السابق فصار كالمستحق والمستحق لا يتنافى العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفته العقد
محله او لانه باع مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رضي كما لو استحق بعض العبد فرده فصار كما لو غصب
عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرق على المولى فانتقص منه في يده فان الغاصب يضمن نقصانه
كما لو قتل في يد الغاصب والجواب عن مسئلة الحمل انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابي حنيفة فالمشتري
يرجع على البائع بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا انتقص من العبد المشتري ولئن سلمنا
فنقول فيه سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري فمن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية
بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى
علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه صارت المالية كانها مستحقة واما اذا
في يد المشتري فتقرر الثمن عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري
واذا قتل فقد تم الاستحقاق ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك من له
القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل من عليه القصاص خطأ كان الدية على ورثته
دون من له القصاص قال ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع
سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما عنده يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند ابي حنيفة
لا يرده الا برضا البائع للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله
البائع كذلك وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانا قطعت باليسرى
فرجع بما يقابله نصف اليد وان قبل يرجع بثلثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وقطعت باليمنى
وفي احديهما الرجوع على البائع فينقسم النصف عليهما نصفين والنصف الآخر يرجع فيه على البائع لرده العبد
عليه فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك
يرجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم يكن ههنا كذلك اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة نظرا الى جريانه
مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه فان قيل اما ما ذكرت من ان حكم العيب والاستحقاق
يستويان قبل القبض وبعده في غير الكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف ههنا بينهما قلنا
بل لكن ليس كلامنا الآن فيما يدل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم
ان يساويه في جميع الاحكام حتى يتفق بينهما بين ما يجري فيه والاستحقاق كذلك العقد غير متناول للنقص

قتل من عليه القصاص

القبض من الاصل لما مر انفا قال ولو سرق ولم يسلمه الا بيد بعد وجود السرقة من العبد في
يد البائع اذا سرق اولم يسلمه الا بيد بالبياعات ثم قطع اليد في يد الآخر يرجع البائع وفي جمع البائع كالجائحة
في جمع جائحة بعضهم على بعض عند ابي حنيفة كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الآخر على بائعه ولا
يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الآخر لم يصر حابسا حيث لم يتعين
ولا كذلك الآخر فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب كما تقدم قوله وقوله في الكتاب اي
قال محمد في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري يعني على مذهبهما هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم
بالعيب رضا به ولا يعتد على قول ابي حنيفة والصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع
وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة يعني انه لا يرجع لان حل الدم عيب كالاستحقاق ومن
وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب
قلنا لا يرجع عند العلم به لانه انما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به
وقد اشتراه قال شمس الائمة اذا اشتراه وهو يعلم بحاله فهو في اصح الروايتين عن ابي حنيفة يرجع
بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم
سواء لانه في قبل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع فكذا فيه نظرا لانا سلمنا ان العلم بالا
ستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم ان العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان
الثمن ولكنه اجري مجرى الاستحقاق فنزل منزلته لا حقيقته لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع
بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع والحاصل
ان كونها اقيح او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز ان يكون من حيث
الدليل وقوله فيه نظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب او انه عيب من وجه واذا كان
كذلك فلا يلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة
واجري مجراه قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب يصح شرط البراءة من كل عيب صحيح سمي
العيوب وعددها او لا علمه البائع او لم يعلمه وقف عليه المشتري او لم يقف اشار
اليه او لا موجودا كان عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر وابن ابي ليلى
في رواية وقال محمد يقول لا يدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف وقال زفر وابن ابي ليلى رحمهم الله
وقال زفر يقول اذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط وقال ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من كل عيب
ما لم يتبرأ من عيب كذا ومن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية
ما لم يره المشتري وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال له ابو حنيفة
ارايت لو باع جارية في المائي منها عيب اكان يجب على البائع ان يبين للمشتري ذلك الموضع منها ارايت
لو ان بعض حرم امير المؤمنين باع عبدا ابراء من ذكره بعض اكان يلزمه ان يبين المشتري ذلك
وطار الحسن الجمة وضحك الخليفة مما صنع به الشافعي يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب

فالبيع فاسد وفي قول آخر البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح
لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه ورد ابراءه لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح
ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذا اللفظ ويصح الابراء باسقطت عنك دَيْني
ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا يفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما
ابطلت التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا يكون مبطلة له ولهذا
جاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم قوله وان كان في ضمنه التمليك اشارة
الى الجواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره ان ذلك لما تضمن معنى التمليك ضمنا وهو لا يرتد في فسه ما قلناه
لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالة لا يفوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا يبطل الاسقاط
الذي فيه معنى التمليك والمسقط متملك لا يحتاج الى التسليم اولى وجه قول محمد ان البراءة تتناول الثابت
حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم الحدث ام لا وان تعذر بحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله
وانو يعتبر الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة صفة السلامة ليقدر على التسليم
الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة
عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يقبل تخصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة
قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في النخيرة انه يصح عند ابي حنيفة خلافا لمحمد رحمه الله سلمناه ولكن الفرق
بان ظاهر لفظه مشتبه بالعيب الموجود ثم يدخل فيه ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في المعرف
تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان عنى به الجهالة غير مانع في الاسقاط
كما تقدم قوله ويدخل في هذه البراءة احترازا عما لو قال بعت هذا العبد على انه بريء من كل عيب به فانه
لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به التصريح للوجود

باب البيع الفاسد

تأخر عن الصحيح لعلاقة غير محتاج الى تبيينه وتعقيب الباب بالفاسد والكان مشتملا عليه وعلى الباطل
لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل ما لا يكون مشروعا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكان
اورث خللا في ركن البيع نحو مبهم او ما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود
منه وعدم الاطلاق من شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو منه وعلى هذا انفصل المسائل المذكورة في الكتاب
فيقال البيع بالميتة لغة وهو الشاة حتف انفه والدم والخنزير باطل لانعدام الركن وهو مبادلة
المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج
المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره
المصرف التجنيس وان كان ميتة عندنا على ان الميتة حتف انفه فان بيعه فيما بينهم لا يجوز لانها ليست
بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم
والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهو مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال
متقوم عند بعض اهل الكفر وانما قلنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع

ابطل تقومها في حق المسلمين كيلا يتمولوها كما ابطل قيمة الجودة بانزاده في المكيل والموزون ولو اراد
بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى تأويل لكنه خلاف الظاهر قوله والباطل لا يفيد ملك التصرف كانه
اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك
الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض
المشايخ ابي نصر احمد الخاوسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة نص على ذلك في التجريد فقال ابو المعين في شرح
الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وعند بعض آخر يضمن الابن
السرخسي وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله يكون مضمونا لانه لا يكون اذنا في حالة من المقبوض على سوم
الشراء الوجه صورة العلة هنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك هنا والمقبوض على سوم
الشراء وهو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك
عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون قيل وعليه الفتوى وقال محمد بن سلمة البلخي الاصح قول
الحسن والاصح قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما بينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عندنا نصا لقوله
عليه السلام اذا كان ذلك بالقبض باذن المالك باتفاق الروايات واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن
البائع ذكر في المأذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لا يملكه البائع بالقبض كالخمر
والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض وان قيل لو اذن ذلك الملك لجاز
للمشتري وطء جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ولحل
اكل طعام اشتراه كذلك لان الملك يحلق له لكن ليس له ذلك فالجواب انما يحل وطؤها واكلها ولم تثبت الشفعة
تقديرا للفساد وتأكيده فلا يجوز واعلم ان المشايخ اختلفوا في معنى جواز التصرف للمشتري في المشترى بشراء فاسد
فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا
لو ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها وذهب مشايخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين
واستدلوا بها اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فلك شفعة ان يأخذها بالشفعة
لنفسه ولو اشترى جارية بشراء فاسد فقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء ولو باع الاب
او الوصي عبدا يتيما بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط
لما جاز لان عتقهما او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين واجابوا عن المسائل
المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض بكان المبيع مضمونا في يد
المشتري فيد ابن في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا في الفصل الذي يلي هذا الباب
وقوله وكذا بيع الميتة يعني كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست اموالا
فلا يكون محلا للبيع وكذا بيع الخمر والخنزير فلا يحلوا انما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين
فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر
يفيد ملك ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة

الا انه غير متقوم اي غير مغروز بقيام الرتبة لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك
اعزازه لا يكون مغروزا فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزازا له وهو خلاف
المامور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المامور به فيسقط التقوم اصلا
ليلا يفضي الى الخلاف المامور به وحينئذ يكون البيع بالحلال خلافا لما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب
يجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها التقوم بل
لغيرها وليس في ذلك اعزازها والاخلال بما امر به فلا يكون بالحلال وقد تمت التسمية ووجبت قيمة الثوب
دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه
مقابضة وفيها كلامن العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على
جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب
فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسر بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك بانضمام
القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الى اخره وتحقيقه
ان ثبوت استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل
عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله عم اعتقها ولدها فينتفي
الاخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا
لان المجاز مركب بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر والحال له
وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع
واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال كان اما غير ثابت مطلقا
او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاهمال اولى وكذلك الثاني
لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت اهمل
احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير
سببا في الحال وتاخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك يبين استحقاق المكاتب
يدا على نفسه لازمة في حق المولى ويبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق
اليد اللازمة في حق المولى ثابت لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب فيسلم فينتفي
الاخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانه غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها
بتعجيز نفسه فان قيل لو يطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ يطل بيع القن المفهوم البيع في البيع
كالمفهوم الى الحر والامر بخلافه فاجاب بان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا بثبوت
حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء بحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما ظاهر ولهذا
جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك

دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بجميعه من الثمن والبيع بالحصة
بقاء جاز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما بجي قال
ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر
الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروي في النوادر انه لا
يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتعليق المار في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي وقد تقدم
فيه وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتها و
هو رواية عن ابي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر وروي المعلى عن ابي حنيفة انه
يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في ام الولد فاستقرت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن
بالبيع والغصب لانه لا تقوم لماليتها وافترق ابو حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غيره
رواية المعلى ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول وضمانه بالقبض لكن لا بد من
اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انعدمت هذه الجهة فبقي قبضا
باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي ان كلا واحد من المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام
الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يقابلهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر
الاموال المقبوضة على سوم الشراء فان قيل لو كان الدخول تحت البيع ويملك ما يقابله موجبا للضمان
لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يده فلا يتحقق في حقه القبض وهذا
الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضمون والاصل ان جهة البيع
انما يوجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يتعذر الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة
البيع فلا يلحق الجهة بها فصار كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله ولبيع دخولهما جواب عن قولهما
يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان يكون عائدة الى غيره كثبوت
حكم البيع وما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من
المشتري فانه تقسم الثمن على قيمتهما فاخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك
هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز
واذا اصطاده ثم القاه في الخطيرة فلا يخلو اما ان يكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال
فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى
المشتري فله خيار الرؤية فان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره
قوله الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الخطيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا
اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى
من الماخوذ الملقى في الخطيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وقيد اشار الى انه لو سد صاحب الخطيرة عليها ملكها
اما بحرم الاجتماع في ملكه فلا كالو باض الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز والاشكال

الا انه غير متقوم اي غير مغروز بقابل قيمة لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك
اعزازه لا يكون مغروزا فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزاز له وهو خلاف
المامور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم والدنانير والدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المامور به فيسقط التقوم اصلا
ليلا يفضي الى الخلاف المامور به وحينئذ يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب
بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل
لغيرها وليس في ذلك اعزازها والاخلال بما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب
دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه
مقايضة وفيها كالمعاوضتين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على
جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان قال ـــــ وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب
فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسر بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال
القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق ثبت في الاخرى وتحقيقه
ان ثبت استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل
عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله اعتقها ولدها فينتفي
الاخر لا يقال هو متروك الظاهر لانه يجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا
لان المجاز مركب بالاجماع وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر والحال هذه
وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع
واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال كان اما غير ثابت مطلقا
او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاهمال اولى وكذلك الثاني
لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير
سببا في الحال وتاخر الحكم الى ما بعد الموت وكذلك يبين استحقاق المكاتب
يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق
اليد اللازمة في حق المولى ثابت لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب فيبقى
الاخر وانما قيد بقوله في حق المولى لانه غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها
بتعجيز نفسه فان قيل لو لم يجز بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ يجعل بيع القن المضموم اليهم في البيع
كالمضموم الى الحر والامر بخلافه فالجواب ان بيع الحر باطلا ابتداء وبقاء لعدم محليته للبيع اصلا بثبوت
حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطلا بقاء بحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها والفرق بينهما ظاهر ولهذا
جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك

دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة
بقاء جاز بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل على ما بجئ قال ـــــ
ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر
الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة وجاز البيع وروى في النوادر انه لا
يجوز والمراد من المدبر هو المطلق دون المقيد بالتعليق المار في التدبير وفي المطلق خلاف ابي يوسف وقد تقدم
فيه وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتها و
هو رواية عن ابي حنيفة وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر وروى المعلى عن ابي حنيفة انه
يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما في ام الولد فثبتت الروايات عن ابي حنيفة انها لا تضمن
بالبيع والغصب لانه لا تقوم لمالكيتها والفرق لابي حنيفة بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير
رواية المعلى ان ضمان البيع وان اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول وضمانه بالقبض لكن لا بد من
اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن محلا للبيع انعدمت هذه الجهة فبقي قبضا
باذن المالك فلا يجب الضمان لها الا ان ان كل واحد من المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام
الولد يدخلان تحت العقد حتى يملك ما يقابلهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر
الاموال المقبوضة على سوم الشراء قال ـــــ قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يقابله موجبا للضمان
كان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا
الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم والا في حقه ان جهة البيع
انما يوجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل حقيقة الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يبطلان حقيقة
البيع فلا يلحق الجهة بها فصار كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة قوله وليس دخولها جواب عن قولهما
يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان يكون عائدة الى غيره كثبوت
حكم البيع فيما ضم اليها وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري من
المشتري فانه تقسم الثمن على قيمتهما فاخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك
هذا قال ـــــ ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز
واذا اصطاده ثم القاه في الخطيرة فلا يخلو اما ان يكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتخلف واحتيال
فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى
المشتري فله خيار الرؤية فان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره
قوله الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الخطيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا
اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى
من الاخذ الملقى في الخطيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الخطيرة عليها ملكها
اما بحرم الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض الطير او ارض انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز والاستيلاء

عما اذا اعمل الخل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحرزه او ينتهي اليه مرضعا لان العلاف ذاك
قائم بارضه على وجه القرار فصار كالنبع الثابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها
على وجه القرار قال ولا بيع الطير في الهواء بيع الطير على اربعة اوجه الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده
وهو لا يجوز لعدم الملك والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم
والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر وذكر في فتاوى قاضيخان وان باع طيرا له
في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل في الجنين
ولا نتاج الحمل وهو حبل الحبلة وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر نتجت الناقة بالضم
وكذا ارادبه المنتوج هنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى تستعمل الحبل كاسمي بالحبل وانما ادخلت
عليه التاء اشعارا بمعنى الانفصال فيه قيل معناه ان يبيع ما سوف يحمل الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية
يتعاملون ذلك فابطله رسول الله عليه السلام وقيل فيه غرر وهو ما هو مستتر عنك علمه قال في المغرب في الحديث نهى
عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدري ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء قال
اللبن في الضرع للغزر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلثة للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا ينفخ
لبنا والغرر منهي عنه والتداعي في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك
داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط
المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين
لانه من اوصاف الحيوان لانه ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال
مقصود من وجه فيجوز بيعه ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر قال فان قبل الغنم متصلة
بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها قلا يلزم الاختلاط حتى لو نبت خيطا في اعلاها وتركت
اياما ينبت الخيط اسفل مما في رأسها الآن والاعلى ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه اما الصوف
فانه نمو من اسفل فاذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم تركت حتى نما فالمخضوب يبقى على رأسه لا في اصله
فان قيل التصبغ كالصوف وجاز بيعه اجاب بان التصبغ وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القلع
لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع واما القلع في الصوف فيتعين اذ لم يتعهد فيه القلع اي النتف فبعد ذلك
يقع التنازع في موضع القلع وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن
وهو حجة على الحلواني فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على الظهر قال وجذع في سقف اذا باع جذعا
في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكر القلع او لا لانه
لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجب العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع وتختفي المنازعة بخلاف
ما لم يكن في التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء
العلة ولو لم يكن الجذع منصوبا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قلع البائع او قلع الجذع بتراضي
المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الغرر ولو باع المزي والثمر والبذر في البطيخ لم يصح وان شققها

واخرج

واخرج البيع لان لا وجه مما احتمالا لانه موهوم مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع
الحنطة في سنبلها وامثالها بيع ما في وجوه احتمال فانه شيء مغيب في غلافه وهو جائز اجيب بان جوازه
باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه
الحنطة فالمذكور صريحا هو المنصوص عليه فصح العقد اعمالا للتصحيح لفظه واما بزر البطيخ وقرعه التي وجب القطع
فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا يطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر و
قطن فلم يكن المبيع مذكورا وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قدر من يدر تخصيص العلة واضح ولم يتعرض المص
لذلك عرف في اصول الفقه قال واما الجذع فعين موجود اشارة الى تمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين
في السقف بان الجذع معين موجود اذ الغرض فيه والنوى والبزر ليس كذلك قال فان قيل اذا باع جلد الشاة
المعينة قبل الذبح لا يجوز ولا ذبح شاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب البيع جائزا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع
في السقف وكذا بيع كبدها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة
وكان تابعا له فكان العجز عن التسليم متناولا معنى اصليا لا انه اعتبر هاهنا حكما لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد
واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم
حكمي لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة
ولم يقل من لا يدري به كما تقدم قال وضربة الغائص اي نص الصائد بقال فنص اذا صاد وضربة الغائص
ما يخرجه من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر الغائص ومنه نهي عن ضربة الغائص وفي تهذيب
الازهري ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي هو ان يقال للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك
بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غررا لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا
يخرج من الغوصة شيئا قال وبيع المنابذة الرفع فيه و الحجر فيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع
الثمر بالتاء المثلثة على النخيل بتمر بالتاء المثناة مجذوذ مثل كيله على الارض ثم ما يلقى مجذوذا لا يجوز لانه
لا يدري مثل كيله حقيقة لم يبق ما على الرأس ثم ما يلقى مجذوذا الذي بقي بها من المجذوذ لا يجوز لان النبي عليه السلام
نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه
فلا يجوز خرصا لان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كان موضوعا على الارض وباع احدهما
بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على
خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان استدل بان النبي عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا
وفسرها بان يباع الثمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق وانث الضمير في قوله بخرصها على انه
جمع الثمرة وقلنا بالعقد بالمعجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله اسمه رخص في العرايا قال في الاحاديث الدالة
على ذلك كثرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتاويلها ان يهب الرجل
ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكونه اهله في البستان و
يدخل من غير خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه

ولا يكون مخلقا لوعدم ان نقول لان المعدوم لم يصر ملكا للمرهوب له ما دام متصلا بملك الواهب في بطنه
من النمو لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة ومعربا مجازا لانه في الصورة عوض بعطيه للمخرز خلف الوعد وانفقات ذكر كان
بجلد ذي خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده وفيه بحث من وجهين
الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه ان رسول الله عم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه
يدل على ان المراد بالعرايا بيع تمر بتمر والثاني انه جاء في حديث جابر رضي الله عنه بلفظ الاستثناء الا العرايا و
الاصل حمل الاستثناء على التحقيق والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى والخراج عن الاقوال
ان القرآن في النظم لا يوجب القران في الحكم وكيف انه على ذلك التقدير بناء في قراءة عم المشهور التمر بالتمر
بمثل والمشهور قاض عليه قال ولا يجوز البيع بالتبن سلم البايع السلعة ابرضها واكرتها وسامها
المشتري يعني استامها بيع الملامسة وهو ان يساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده فيكون ذلك
ابتياعا لها رضي مالكها بذلك او لم يرض وبيع المنابذة وهو ان يتراوض الرجلان على السلعة فيجب على مالكها الزام
المساوم له عليها اياما فينبذها اليه قبل ذلك ولا يكون له ردها عليه وبيع القاء الحجر هو ان يتساوم الرجلان
على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع وهذه
كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله عم وعبارة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع الملامسة
والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بها لانه في معناها ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا يحتمل لادائه
الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البايع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته اي ثوب لمسته
بيدك فقد بعته واي ثوب بنذته الي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول
على انك بالخيار ان باخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه قال ولا يجوز بيع
المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلا وهو ما يسد له ساق من الحشيش كذا روي عن محمد رح
وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلا وانما فسد المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض
وعلى الكلا وعلى مصدر رعا على ما نفسر ذلك لنفهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غرضي لان بيع
الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيه الكلا او لم يكن انما عدم جواز بيع الكلا غير المحرز فلانه غير مملوك
لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله عم الناس شركاء في ثلث الماء والكلا والنار وما هو غير مملوك
لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بها بضربها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب و
الاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه وان
منعه من الانتفاع لان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تتركني فندفعه الي او تدعني
آخذ كذا كذا لرجل وقع في دار انسان هذا اذا نبت ظاهرا واما اذا استنبته صاحب الارض بالتسقي
فقد اختلف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان ياخذه
بغير اذنه فجاز بيعه فذكر القدوري انه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلا ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة
وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلا فيبقى على الشركة فلا يجوز بيعه واما عدم جواز الاجارة فلمعنى

وفرع الاجارة في عين غير مملوكة والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك
عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح فعلى استهلاك عين مباح اولى ذلك لان المستحق
بعقد الاجارة على الاجر المنافع لا الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة
كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظئر ولم يذكر ان اجارة
الكلا وقت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجر الاجرة بالقبض وينفذ
عتقه فيها قال ولا يجوز بيع الفحل قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يجوز بيع الخصي وقال
محمد رح يجوز اذا كان محرزا مجموعا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة ما يحدث منه
وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك يجوز بيعه وكونه غير مأكول لا ينافيه كالبغل والحمار
ولهما انه من الهوام وهي المخلوقة من الاحناش لا يجوز بيعها وقال في الجامع الصغير رايت ان وجها
عيبا يكره تركها وفيه اشارة الى ان الخصي لا قيمة لها ولا رغبة في عينها قوله ولا انتفاع بما يخرج
منه جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم انه منتفع بعينه بل الانتفاع بما يحدث
منه وذلك معدوم في الحال لكن ينتفع بها في الماء باعتبارها وفيه بعد لخروجها بقوله بما يخرج حيته
واذا كان الانتفاع بما يخرج فقبل خروجه لا يكون منتفعا به حتى لو كان معه ما يخرج منه بان باع لوزا
بضم الكاف وكسرها وهي مستل النخل اذا استوى من طيب فيها عسل بما فيها من النخل يجوز تبعا له كذا ذكر
الكرخي في مختصره وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع الفرق فالعقد يقع على
العسل ويدخل النخل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق قال وقد حكى
عن ابي الحسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل البيع على طريق التبع ما هو من
حقوق المبيع وابنائه والنخل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بحثه عن ابي يوسف
يوم قال ولا يجوز بيع دود القز بيع دود القز وبيضه وهو البزر الذي منه يكون الدود
لا يجوز عند ابي حنيفة ويوسف لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم
في الحال وجاز عند محمد لكونه منتفعا به ولكن الضرورة في بيضه فيدعو الى الفتوى واجاز
ابو يوسف بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا كبيع النخل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لكان له
الضرورة ونقل عنه انه مع الحسد كما في دوره وهذه العبارة تشير الى ان ابا حنيفة لم يجزه
بيعه بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحاكم اذا علم عدالتها وامكن تسليمها جاز البيع لانه
مال متقوم والتسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكرهنا اتباعا لما ذكره
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه كذلك قال ولا يجوز بيع الآبق بيع
الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله عم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع
العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق احد
المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا

غير آبق في حق المشتري فيتحقق العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا يجوز العقد او لا ان كان قبضه
لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وان قبضه للرد فاما ان يشهد على ذلك او لا فان كان الاول لا يصير
قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة لا ينوب عن قبض
الضمان اذ ذاك لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن البيع اجبر عليه وبعد القبض ليس
للبائع فسخه علاقة الامانة واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض
الابن وان كان الاشهاد يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف وقول المصنف يجب ان يصير قابضا كانه اشار الى
انه يلزم ابا يوسف القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو كان المشتري هو عند الله قبضه حتى فباعه لا يجوز
لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس بيده ولو باع الآبق ثم عاد
من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد فعن ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ بلخ ان ذلك العقد
لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم
المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز
واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلائم الندى بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والندى ينافيه وروي
عن ابي حنيفة ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان
العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا جاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو
العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز فصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد
وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا واذا رفعه المشتري الى القاضي فطلب منه التسليم وعجز البائع عنه فسخ
العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد قال ولا بيع لبن امرأته في قدح قيد بقوله في قدح لدفع
ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر الاجزاء للحيوانات وفي القدح يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز
الشافعي بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهرا احترازا عن الخمر فانها ليست
بطاهرة ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بجزء البعض وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس
لا يتعاملونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الآدمي كالميتة معتبرا بالاتلاف كبيضة اجزاء الآدمي
واجيب بان الاتلاف الاجزاء تضمن بالاتلاف بدل المضمون ما انتقص الاصل الا ترى ان الجرح اذا اتصل به البرء
سقط الضمان وكذا الشعر اذا نبت قوله وهو اي الآدمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلا آخر وتقريره الآدمي
بجميع الاجزاء مكرم معصوم عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا معصوم عن الابتذال ولا فرق
في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي حنيفة انه يجوز بيع لبن الامة بحول ان اراد البيع على نفسها فيجوز
على جزئها اعتبارا باللحمة بالكسر والخلف انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز وبيانه ان الرق حل نفسها
وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق وهي العتق وهو
ايراد المحل والحق ومعناه انهما صفتان متعاقبتان على موضوع واحد فهما ضدان واذا لا حيوة في اللبن لا يرد

عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد بكونه مشروبا مطلقا
او في حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغنى عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية
الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة
تكون غذاء عند الضرورة وليس بمال يجوز بيعه قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير
لا يجوز لانه جزء العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولانه جزء العين لا يجوز بيعه اهانة له
ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يصلح له قال فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه
من الخياط بانه يوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى بيعه وعلى هذا قيد اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه
كثمن الثمن لا يطيب للبائع وقال ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي
ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة
الاستعمال وحالة الوقوع غير حالة الاستعمال وقال محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته
ووقوع الطاهر في الماء لا يفسده فكان المصنف اختار قول ابي يوسف حيث لم يقيد هذا اذا كان مشروطا
واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضيخان قال ولا يجوز بيع شعور الانسان بيع شعر
الآدمي والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي عليه السلام حين حلق
راسه قسم شعره بين اصحابه فلو لم يكن جائزا لما فعله اذ النجس لا يترك بوجه الظاهر
ان الآدمي مكرم معظم مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وفي البيع والانتفاع
ذلك وتقييد ذلك قوله عم لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من يصل الشعر والمستوصلة من يفعل
بها ذلك قال فان قيل جعل المصنف بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدمي اهانة له والبيع
حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع
فان كان مما حقره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقره الشرع
وان كان مما كرمه وعظمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع
فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا ثم ان عدم جواز بيع ما ليس للنجاسة على الصحيح لان
شعر غير الانسان لا يتحقق بالمبادلة فشعره وهذا ظاهر اولى ولان ثبات الشعور حق رفق وهو تنافي النجاسة
وقال الشافعي يجوز لحرمة الانتفاع به وهو يحصل بالطهارة ولا بأس باتخاذ القراميد وهو ما يتخذ من الذهب
ليزيد في قدر النساء اي في اصول شعرهن بالتكثير وقد ذوبهن بالتطويل ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان
تدبغ لانه غير منتفع بها لنجاستها قال عم لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ كذا روي عن
الخليل وقدمنا في كتاب الصلوة وان قيل نجاستها مجاورة بانفصال الدسومات ومثل ذلك يجوز بيعه
كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فما لم تزل بالدباغ فهي كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل
قوله لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمن اين اللاجواز قلنا انه نهي عن الاضرار الحسية وهو
يفيده بطريق التقرير تخلفه عليه ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ كذا ذكره في

يعني ان النهي عن الافعال الحسية يقتضي كونها مشروعة اي كان النهي عن الافعال الشرعية يقتضي كونها مشروعة

في ازالة الرطوبة كالذكوة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا تحلها الموت لعدم الحيوة وقد تقدم في كتاب الصلوة
والفيل والخنزير نجس العين عند محمد اعتبارا بالحي في حرمة اللحم وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده
لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع يباع عظمه لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان
كالكلب وسائر السباع فالذي يباع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز
بيعه قال واذا كان السفل لرجل والعلو لآخر اذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فسقطا او سقط العلو
وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل للبيع قال فيدخل
الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا لم يكن له شرب فينبغي ان لا يجوز الخلاف بقوله
خلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومعزى في رواية وهذا اختيار مشايخ بلخ لانه حق
من الماء لوجوب الشرب بالاتلاف قال من ملك ارضا فسقى نفسه بماء غيره بغير اذنه ضمن له خلاف الثمن ذكر في كتاب
الشرب قال في شاهدين شهدا احدهما بشراء ارض بشربها بالف واخر بشرائها بالف ولم يذكرا الشرب لم تقبل
لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة
لا باعتبار انه ليس بمال بخلاف بيعه مع الارض تبعا لزوالها باعتبار التبعية قال وبيع الطريق وهبته جائز
بيع رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بالرؤية وعرضه ان يبين ذلك وهو ظاهر والا قد يعرض باب الدار
العظمى وهو مشاهد محسوس لا يقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبته اذا لم يبين الطول
والعرض لا يجوز للجهالة حيث لا يدرى قدر ما يسلمه الماء والتقييد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه
ارض مملوكة جاز بيعها ذكره شمس الائمة السرخسي والثاني لاخراج بيعه من حيث هو مسيل اذا بين حدوده وموضعه
فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة وبيع حق المرور وهو حق التطرق دون رقبة الارض جائز
في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة حق المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين ولها ممر لرجل
آخر ليس له منها من القسمة وترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان باعوا الدار
والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي عرض الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان
وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع
فقد جعل حق المرور قسطا من الثمن وهو يدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لا يجوز وصححه الفقيه ابو الليث
لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز وبيع التسييل وهو حق المسيل لا يجوز وهذا هو محتملها الآخر و
اذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم والجهل كما قالوا وان كان المحتمل الثاني فعلى
رواية الزيادات لا يحتاج الى الفرق لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور
معلوم لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون على السطح
او على الارض والاول حق التعلي وهو ليس بمال والاستعلاء مع كونه مجهولا لا اختلاف في التسييل بقاء الماء
وكثرته والثاني مجهول فيحتاج الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق

المرور

المرور يلحق الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلي يعلو ولا يبقى وهو البناء
فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان
والبيع يرد عليها وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان
السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى هو مال ولا يجوز بيعه قال ومن باع جارية فادعى
هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لتخلل التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا
لقلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما
والجارية لخدمة داخل البيت والاستفراش والاستيلاد اللذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة
جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر
في اختلافهما في الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالحل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما
لعظم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب
منسوب الى زندنه قرية ببخارا جنسان مختلفان على ما قال المشايخ في شروح الجامع الصغير فاذا عرف
هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسمية فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين
كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع
لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة الاشارة
لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان الصفة والابلغ في التعريف اقوى وان كان مما يكونان جنسا واحدا
فالعقد يتعلق بالمشار اليه فصار حق التسمية مقتضيا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح
في تعليل محمد فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فاذا اخبر عن
كونه مقرنا جعل للتعيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار
وقد يشعر كلام المص الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر ان
صفة الخبز لا تدل على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك وقال لحم الاسلام واحمد
صدر الاسلام والصدر الشهيد رحمهم الله ان الموجود ان كان انقص من المشروط الفائت كان له الخيار
وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه وقيل اما الاول فلان
المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالتزام الكاتب يتضرر فلا يتم عنده الرضا واما الثاني فلما تقدم
ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة فسعة خير وان وجد احد عشر فهو له بلا خيار قال
ومن اشترى جارية بالف درهم من اشترى شيئا بالف درهم حالة او بسنة فقبضه ثم باعه من
البائع بخمسمائة عند نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي هو يعتبر الملك قد تم فيه بالقبض
والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول
او بالعرض وقيمته اقل من الالف وحاصل ذلك ان شراءه ما باع لا يخلو من اوجه اما ان يكون من المشتري
بلا واسطة او بواسطة شخص آخر والثاني جائز بالاتفاق مطلق اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص

او باكثر او بالعرض والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني بافساده جائز بالاتفاق والاول
هو المختلف فيه فالشافعي جوزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا
بالاتفاق وعندنا لم يجوز بالاول والمعقول اما الاول فلما قال محمد حدثنا ابو حنيفة بلغه الى عائشة رضي الله عنها
ان امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان مائة درهم الى العطاء ثم بعتها منه
بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم
ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله ان لم يتب فانا هاذا زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى
فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد
بطلان الحج والجهاد مع رسول الله عم واجتنبه الافعال لا تعلم بالرأي فكان مسموعا من رسول الله عم والعقد
الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدا وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا ولان في المجتهد
كان بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق الوعيد لكون البيع
الى العطاء مواجلة محرمة والجواب انه ثبت من مذهبها جواز البيع الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه
فلا يكون كذلك ولانا نذكر هذا العقد الله حيث قالت بئسما شريت مع عزائم هذا اللعن فلا يكون كذلك
بل لانها نظرت بالى الله وان قبل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع
قبل قبضه اجيب بان تلاوتها آية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض وان قيل الوعيد لا يستلزم
الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد ليس للبيع عنه بل للتفريق
التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا واما الله فهو ما قال الثمن لم يدخل في ضمان البيع لعدم
القبض فاذا وصل اليه المبيع وقف المقاصة بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز بخلاف ما
اذا باعه من غيره لان الربح لا يحصل للبائع وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد
اليه المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وبخلاف ما اذا اشترى بالثمن الاول
لعدم الربوا وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه
وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا انقلب المبيع عند المشتري
وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر لان ربوا الفضل لا يتحقق بين
الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من جنس الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربح
قال ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على ما شرا ما باع
قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض
الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وقد باع وقد قدم فساده وتوضيح
ما اذا باعها بالف خمسمائة فان البيع فاسد كذا في الاتقاني من الائمة وفخر الاسلام و
لان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب بما ذكرتم لما فسد البيع لكثرة عند القسمة يصيب كل واحد
منهما اكثر من خمسمائة فلا يدخل في الاصل المذكور واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز وبيانه ان الجملة

باز آه ما بامها الفا جاز وان جعلنا الفا وحبة وهلم جرا ولبس البعض بالجملة او لحق البعض
فامتنع الجواز وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز بسبب الفساد في الوضع فلا يكون
صحيحة على انه معارض بان يجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة ومائتين وثلثمائة او اقل
او اكثر فيتعدد جهة الجواز ولبس البعض اولى وبان كل جهة تصلح ان تكون علة للجواز فاعتبار الجهات
في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف والاولى ان يقال
جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والترجيح هنا للمبيد ترجيحا للمحرم ولا يجري
الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها لامور اما لانه مجتهد فيه عند الشافعي رحمه الله
المتقدم وفيه نظر اما اولا فلانه كذب مجتهد فيه ان كان بخلاف الشافعي فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي
كان بعد وضع المسئلة فكيف يوضع المسئلة بناء على شيء لم يقع بعد ولان ابا حنيفة ابطل اسلام العتيقة
والمرتدة مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم فرجها في عدتها جاز عند الشافعي
ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام العتيقة في المروي واما لان الفساد في المشتراة
باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت اليها كان ذلك اعتبار الشبهة بالشبهة وهو غير مشروع
وبيان ان في المشتراة شبهة الربوا ان المسئلة الاولى انما لم يجز شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن
لشبهة الربوا لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري
بها عيبا فيردها فيسقط الثمن عند المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني
مشتريا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا ولما كان الفساد طارئا لرجحان
احدهما انه قابل الثمن بالجارية وهي مقابلة صحيحة اذا لم يشترط فيها ان يكون فيه بازاء ما باعه اقل من
الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فسد البيع
فيما باع ولا شك في كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما صفقة
واحدة فان الفساد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الاخر والبيع جائز في العبد لان شيء الاول
قابل البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز الدائن بيعه جاز ولكنه غير نافذ في حق المدبر وذلك بمعنى في
لا في العقد فلهذا لا يتعدى للاخر والثانية المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل الثمن بخمسمائة
فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلا بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن
على البائع بالعقد الله فينفذ عندهما وذلك لا شك في طرو فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى
زيتا على ان يزنه بظرفه اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان الظرف حسبي رطلا فهو
فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى يكون وزنه
اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزنه ويطرح عنه بوزن
الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه قال ومن اشترى سمنا في زق وزن الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري

هذا الاختلاف اما ان يقع في تعيين الزق المقبوض او في مقدار الثمن فان كان الاول فالمشتري
قابض والزق قبل القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف
في الثمن وجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا اخفى لوقوعه
في ضمن الاختلاف في الزق والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة
ان كل واحد منهما مدع عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلاف فيما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد
فلا يوجبه قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وحكم التوكيل
في الخمر بيع وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف وقالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يلي غيره كتوكيله
المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية ولابي حنيفة ان ما ثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه
لم يجز فكذا التوكيل وقال ابو حنيفة المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل فالاولى اهلية
العاقد وهي اهلية التصرف والمامور والنصراني في ذلك والثانية اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد
ليلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا يرى الى صحة بيوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني وملك
عن خمر او خنزير لا يقال الوراثة امر جبري فانا نبينا بهان لا نسلم ثبوت الحكم اعني الملك للنصراني بعد
تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبرا كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت الا يرى ان المأذون للنصراني
اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام
لانه جالب لا سالب ثم الموكل ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا ذبحه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة
استدل كراهة وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه فانه
يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه وبالتخليل اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلله ذمي آخر
وهو لا يلي التصرف بنفسه وبالتخليل اذا اوصى الى مسلم وقد تكره وان الذمي لو كان ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك
بنفسه والقياس على تزويج المجوسي مدفوع بان حقوق العقد في النكاح يرجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير قال
ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط وذكر اصلا
جامعا للفروع اصحابنا وتقريره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يقيد ما يثبت بمطلق
العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان خلافا في ذلك
وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين والى ما
ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه فالقسم
الاول جائز بالاتفاق كشرط البيع والشراء بنقد وكذا الثاني لا يفسد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط وهو باطلاقه ينتفي عدم
جوازه لانه في الحقيقة ليس بشرط حيث افاد افاده العقد وفي الاول القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع
النعل مع شرط الشراك كذلك لكن الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت
بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوعه النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة
والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق المرائع الا القياس عليها لا عرف فيه لجامع كونه شرطا

والعرف قاض عليه وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه منفعة لاحد العاقدين كبيع عبد بشرط استخدام
البائع مدة يكون العقد فاسدا للوجهين لان فيه زيادة عارية عن العوض لانها لما قصد المتبايعان
والثمن خلا الشرط عن العوض وهو ربا لا يقال لا نسلم لا يطلق الزيادة الا على المجانس المزيد عليه والمشروط
منفعة فكيف يكون ربا لانه مال جاز اخذ العوض عليه ولم يوجد عينه شيء في العقد فكان ربا ولانه تقع
بسببه المنازعة فيفسد العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف في بيان اسباب الشرائع وفيما اذا كان
فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع فان العبد يجيء ان لا تتداوله الايدي وتمام العقد
بالبائع عليه حتى لو نقض انه حتى كان البيع باطلا فاشتراكه منفعة كاشتراك منفعة احد المتعاقدين فيفسد
العقد بالوجهين وفيما اذا لم يكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة
لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يفضي الى الربا ولا الى المنازعة فكان الشرط لغوا وهو ظاهر المذهب
وفي رواية عن ابي حنيفة انه يبطل البيع به نص عليه في آخر المزارعة لتضرر المشتري من حيث انه يتعذر
عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان
الضرر بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد بشرط
ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها شروط لا يقتضيها
العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لنص قضية الاطلاق في التصرف والتخلي الا الالزام حتما والشروط تقتضي
الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما من العقد والشرط اولى بالتعلق الآخر فعملنا بهما وقلنا
انه فاسد والفاسد ما يكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا
وبالنظر الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا والاختلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي
الا في البيع بشرط العتق في قوله انه يجوز ويقيسه على بيع العبد بشيمة وقدره في المبسوط بالبيع بشرط
العتق وقدره المصنف بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تعتبره عنده كذلك ففي ما ذكره
المصنف قوله يقيسه لانهما عبران فيصح قياس احدهما على الآخر ثم رجع وان كان تعتبره عنده ما ذكره
في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف يقيسه بيلحقه بدلالة النص لبيان بالنص قياس الشيء على نفسه وبيان
الحاقه بالدلالة ان بيع العبد شيمة على ذلك التقييد ثبت بحديث بريرة اذا جاءت الى عائشة رضي الله عنها
تستعينها في الكتابة قالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيت بذلك فاشترتها واعتقتها
وانما استثنت بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله عليه السلام وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة
وانما عبر المصنف بالدلالة بالقياس لانها عند الشافعي قياس جلي لما عرف في الاصول والحجة عليه ما ذكرناه
من الحديث والمعقول فالحديث نهى النبي عليه السلام والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط
وكونه مخالفا لمقتضى العقد والجواب عن حديث بريرة مطلقا وعدت لها ان يعتقها التي بذلك
بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها التسمية من تسميم الترخيص وسميت به النفس وانتصاب قوله شيمة على
الحال على معنى موضوعا للعتق واما ضم هذا الاتفاق لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله صلى الله عليه وسلم ذلك الرقبة

واعتق النسمة صارت كانها اسم لماء وبعض العتق فعدمت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافطار كذا
في المغرب فان وفى بالشرط واعتق بعدما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند الحنفية وقالا لا يبقى فاسدا كما كان
فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع
وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري بما شرط او لم يف فانه معتبر بالقيمة
اعتبارا بحقيقة الحرية ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد
التصرف به المفايد للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه مثبت للملك والمثبت لشيء مقرر له الا ترى ان
العتق لا يمنع الرجوع بنقصان العيب فبالنظر الى الجهتين تدافعت الخالية بقائه فاسدا كما كان ويبقى
ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين واما ترجيح الحرمة
تخلص من ورطة شبهة الانكار فتخلو عن ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا او لا فان كان الاول
فحقيقته يقرر الفساد لبطلانه بلزم فساد الوضع وان كان الثاني فان العقد في الابتداء جائزا وذلك لانه
فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملاءمة جائز من حيث الحكم فقلنا بالفساد في الابتداء عملا بالدليل
والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نكتف لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا
فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا اتلفه بوجه آخر فانه لا ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط
والكلام فيه فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بقي
احتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب مخيرا في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع
الامن عن الزوال من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت قال وكذلك اذا باع
عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قالا على ان يقرضه المشتري اخرانا عما اذا قال
بعتك هذه الدار على ان تقرضني فلانا الاجنبي الدرهم فيقبله المشتري صح البيع لانه لم يلزم الاجنبي لا ثمانا عن
المشتري لانه ليست في خدمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل على ان تقرضني بخلاف اشتراط الاقراض
على المشتري لان البيع مع قرض بيع وسلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما
ذكر في المتن قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى رأس الشهر الاجل في المبيع العين بالحلول
فضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع تيسيرا في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع او الثمن حاصلا كان
الاجل تحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك الاجل فيه منفعة الحاجة الى تحصيله قال
ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع العقد المستثنى منه وهو ثلاثة اقسام الاول ما فسد في العقد
والاستثناء والثاني ما صح في العقد وبطل الاستثناء والثالث ما صح فيه كلاهما اما الاول فالبيع والاجارة و
الكتابة والرهن فاذا باع جارية الا حملها او آجرها على جارية الا حملها او رهن جارية الا حملها او كاتب عبدا
على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة لان غير البيع في معناه من حيث انه
معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا ما في معناه والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيفسدها

فيفسدها وذلك لما ذكرنا من الاصل فيه ان ما لا يصلح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا
القبيل وقد تقدم في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة المرافق للحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويقرر بقرارها
وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى مقصود والدلالة العقد على
ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا قوله غير ان المفسد في الكتابة استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط
الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد هذا
كالكتابة على الخمر والخنزير او على قيمته حيث يدخل في البدل واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على
المكاتب على ان لا يخرج من الكوفة فانه يجوز والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه
مال في حق المولى ولا يصح الا بيد معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق
نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن
فيه واما الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان
الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات
كالهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه صلى الله
عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرطه للعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر فاسقط عنه فيصح العقد
ويبطل الاستثناء واما الثالث فالوصية اذا اوصى بجاريته لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية
وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضة حتى يبطل بالشرط الفاسد
واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما
اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها ليست بعين ولا كون ضمير الخدمة على ما اوثر المذكور ويعترض
على قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وهو الخدمة في الوصية مما يصح افراده
بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا الكلام
غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عند الامام انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به
في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتناولها لفظ العقد مطلقا ولئن قال
ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء
في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراده
العقد فما الفرق بينهما فالجواب انا ما منعنا العكس وجوبا وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح
الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فاصلح ان يكون مورثا كالحمل بخلاف ما ومالم يصلح كالخدمة
منعناه قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال
ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة فكانهما سواء يشير اليه قوله على
تر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال
العارية قال ومن اشترى نعلا حذاء النعل بالشراء فلحقها به فهو تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه

اذا الصرم هو الذي يقطع بالمنار وترك النعل وضع عليها السراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى
مرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان يشتريه البائع فالبيع فاسد في القياس وجهه ما بيننا انه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس كدخول الحمام
فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لكن الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان
وفيه عقد على العين وهو الصبغ وجوزه ولكن جوزه للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى النيروز مثل كوروز
اول يوم من الربيع وللمهرجان مهرجان كان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل
الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبايعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع
لابتناء البيع على المكايسة اي المجادلة في النقصان والمكايسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل لكن الجهالة
فيه مفضية الى النزاع وحينئذ لا يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك معلوما عندهما اذا كان التاجيل الى فطر
النصارى بعدما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة وكذا
ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع والدياس ان يوطئ المحصود بقوائم الدواب
من الدوس وهو شدة وطء الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح لغة فيه والجزاز قطع
الصوف والخرص والزرع والنتر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غير جائز للجهالة المفضية الى النزاع
بتقدم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا ترى
انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بالتقدير عاذ بر على فلان فقي وصف اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة
يسيرة لاختلاف الحجاج رضوا بذلك عليهم اجمعين وهذا فاسدة كانت تجوز البيع الى القطاف وان احتمل التقدم والتاخر
لكونها يسيرة وابن عباس رضي الله عنهما منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشعر الى ان الجهالة اليسيرة مكانت
في التقدم والتاخر والفاحشة ما كان في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل
الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه وقد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى
اذ هو يوجد بدون الوصف الحاصل من عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة موافضا في هما
الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه
تاجيل الثمن وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المكايسة ولا كذلك اشتراطه
في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الاجال اعني النيروز والمهرجان الى آخرها ذكرنا
من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر
موبقاء العقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح بنى على اصلهم وقد مر على قول زفر في النكاح
الى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم وهذا استدلال من جانبه زفر بما لم يتقدم وهو ليس على ما ينبغي
وقد قررناه في التقرير ولكن الفساد للمنازعة انما يتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد
قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم
بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجيب بان هذه الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد

فيمكن

فيمكن استقالة بخلاف ما ذكرت من الفساد في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهدا
بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى النيروز ثم اسقط الاجل
لا ينقلب جائزا واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا ترى
ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم ينقلب صلوته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل ما كون
منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بالعقد قوله وبطل في النكاح جواب عن قياس زفر على النكاح وتقريره ان
قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا فيما يقبل ذلك ولم قلت ان عقد النكاح ينقلب عقدا آخر والنكاح الى
متعة وهي عقد غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اما النيروز ونحوه فانه اجل
اجل
الاجل بتشديد باستقالة لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة
اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا اعني سواء فصل الثمن او لم يفصل
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد ثمنا مثل ان يقول اشتريهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة
جاز العقد في العبد والذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته
من الثمن عندهم خلافا لزفر فيهما اي في العبد والمدبر او في الجمع بين جميعا ومزوكة التسمية عامة لا كالمتة والكاتب
وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع الذكي كبيع
القن مع المدبر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطاء بين لمخالفة الدليل الظاهر وهو قوله تعالى ولا تاكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه حتى ان القاضي اذا قضى بجلد لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين حر وعبد في
البيع لزفر الاعتبار بالقصد الاول وهو الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع وللاكثرين ومحمد
رحمهما الله اذا سمى لكل ثمنا ان الفساد يقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله وللذكاة ليس بمحل للبيع وهو
محتمل بدون الثمن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في عقد النكاح خلافا لزفر اذا لم يسم ثمن كل واحد
لان ثمن العبد مجهول ولا يحتمله وهو القن بين قصد الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا
لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر واذا
كان كذلك كان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد فيما يصح فيكون شرطا فاسدا وفيه بحث اما اولا فلانه
اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد
واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى
يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا
واما ثالثا فلان قبول العقد في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما ليلزم
البائع بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر
واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في حقه اذا لم يكن البيع او الشراء وقد تقدم في الاول البيوع
وعن الثاني بان قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما بالف والحر ليس بمال يقابله بدل
فلا يجب فان نعت هذا العبد بخمسمائة على ان يسلم خمسمائة اخرى فينتفع بفضل خلاص العوض في البيع

وهو الربوا وعن الثالث بان الايجاب اذا صح فيما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه
واذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين وثم جواب زفر عن شبهته بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب
عن قياسهما النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء منصرف الى
ان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد وعبد الغير فانهم دخلوا تحت
العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان وقوله ولهذا ينفذ يجوز ان يكون توضيحا
لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف على اجازته وفي المكاتب على رضاه في احد الروايتين وفي
المدبر على قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد
رحمهم الله على ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء على خلاف الاجماع
فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل
كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم تجز
المكاتب ولم تقض القاضي بجواز بيع ام الولد والمدبر يدل على ذلك تمام كلامه هناك ويجوز ان يكون
توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ هنا عرفنا المحلية فيها
ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا
الا ان يكون المالك باستحقاقه البيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع وهذا اي الرد
بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد
في الباقي بحصته من الثمن بناء فلم يمنع من الصحة وهذا اي الجمع بين القن واحد المدبرين لا يكون
شرطا للفساد في غير البيع ولا يبقا بالحصة ابتداء بعدما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة
العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر فيما اذا جمع بين القن والمدبر

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء
لكونه اثرا ثابتا به يعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه والبيع عندنا ينقسم باعتبار جائز الى
صحيح وفاسد وباطل وموقوف وعند الشافعي الى صحيح وباطل لا غير فاذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد
بامر البائع يعني باذنه وفي العقد عوضان مالا ان ملك المبيع ولزمه القيمة ذكر القبض لترتب الاحكام عليه
وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا وان اتصل به القبض وامر البائع يعني به الاذن في القبض اعم
من كونه صريحا او دلالة والمعتبر دلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن
بحضرته لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيده مطلقا وقيد ان يكون في العقد عوضان لان لزيادة سنذكره
وقوله ملك المبيع هو قول علمائنا المشايخ سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك
التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال ان في القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك
لانه محظور والمحظور لا ينال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان
النهي ينسخ المشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن

وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع الخمر
بالدراهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك وكما ان البيع الفاسد مشروع باصله لا بوصفه كون
البيع ومبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالتراضي صدر منهما اذ الكلام في ان الاخلال في العاقدين
مضافا الى محل الملك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا محالة فقد يكون النهي مما
نفاه عن ذلك لان النهي المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يكون ليكون العبد مبتلى
بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان يأتي به فيعاقب عليه فنقول البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك
لكن لا بد فيه من نوع منتفي النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالدليلين وقد
قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور واما في المتنازع فيه
وهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قياسا كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة
وفي المتنازع فيه الفساد واجيب بان عرض المص ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس بمعنى في عين المنهي
عنه كما زعم الخصم والمجاور جمعا والمتصل وصفا سيان في ذلك وبان عرضه ان حكم المنهي عنه ليس بالملازم
كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم الملازمة لمانع التقرير للخلع على ذلك قوله وانما لا يثبت
قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقريره ذلك انه لو ثبت الملك
قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من موجب العقد فيتقرر الفساد
وهو لا يجوز لانه واجب الدفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الدفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان
واجب الدفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا لا يكون واجب الدفع بالامتناع عن مطالبته
احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الدفع بالاسترداد و
وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع من ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده
كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد واجيب عن الاول انه ممنوع والالتزام ان يكون الشيء
مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما يستوي فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط
الخيار معنى لانه يقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود
القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اهدر الغرر اعني القبض وقد
الترم ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك
من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والحنطة لا معتبر بها
قوله ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض ووجهه ان السبب يعني
البيع الفاسد قد ضعف لكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان القبض
شبيه بالايجاب فصار كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الى ما
يعضد العقد من القبض وقوله والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخمر المتنازع فيه على البيع بالميتة وتقريره
ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز في البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثلنا وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم

فتخرجناه بعني في اقتضاء البيع الفاسد واراد به ما قاله واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم و
الدنانير فالبيع باطل ولا يلزم من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر ثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وشيء
آخر اي دليل آخر ذكرناه هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر لان المسلم ممنوع
عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بافساد البيع في الصورة المذكورة لجعلنا القيمة ثمنا لان كل عين يقابلها
الدراهم او الدنانير في البيع هو ثمن لنفي الدراهم والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا
بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به تغيير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون
القبض باذن البائع اشارة الى صحة الاذن بالدلالة كما اذا قبض في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه
فانه يصح استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح رسيما الرواية المشهورة فقال ومن
قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كالمقبض وهذه الرواية هي المشهورة وجه الصحيح ان البيع
تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكون على
هذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة
والبيع الفاسد وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت
انما يثبت بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض بخلاف
ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس لان الصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون
تسليطا بمقتضاه وانما توقف على المجلس لان القبض ركن في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم كما
ان القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد
منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والترك
التي تجب والبيع مع نفي الثمن وبجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مثمنا كذا
ذكر جمهور الشارحين ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان وقوله امر قولي العقود في الذمة
فيتضمن معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعقارات المتقومة فاما في ذوات الامثال كالمكيلات
والموزونات والعقارات المتقاربة يجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب
كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر قال وكل واحد من
المتعاقدين فسخه اي للفساد كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد سواء
كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان
يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلئلا يخلو العقد عن الفساد وصلب العقد ان يكون في احد البدلين كبيع
درهم بدرهمين وبيع ثوب بثوبين او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز
والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان كل منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد لتركه الفساد
وعند ابي يوسف بحضرته وغيبته وان كان الثاني كان لكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان
بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص

واما

واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل يطلب في شرح الطحاوي بدليل المذكور في الكتاب فلمحمد وجهه ما ذكرنا ان
العقد قد تم فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكنه الرضا لم يتحقق في حق عدم الشرط فان يفسخه
واما قوله ابي حنيفة ويوسف فكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتقل اللزوم عن
العقد وفي غير الصحيح العقد اللازم يمكن كل واحد من المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي
فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه بالقبض فكان من ملك بالقبض شيئا يملك
التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة وردت بان البيع لو كان
ماكلا لم يجز اكله ولو اشترى جارية لم يحل وطئها ذكره في شرح الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا واجيب بالمنع
قال محمد انفق في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع سلطه على ذلك ولا كراهة شمس الائمة الحلواني
يكره الوطء ولا يحرم فالمذكور في شرح الطحاوي يحمل على عدم الطيب وكون سلم فالوطء فيما لا يستباح بعد
التسليط فبدلالة اولى وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل واذا كان البيع
نافذا سقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني بالبيع الثاني ونقض البيع الاول
لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يتقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث
لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورثه
وارثه المشتري وان تعلق بذلك حق العبد فكان ذلك نكاحا واجيب عن الاول بان الاجارة عقد
ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشرع عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد من يفسخها واذكر في المزارعة
ان القاضي يفسخها والتزويج يسبب الاجارة لورود على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة
والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني
بان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه ذلك الملك كان مستحق النقض
فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد وهذا
بخلاف ما اذا اوصى المشتري بالمشترى لمخصر ثم مات حيث لم يبق للبائع حق الاسترداد له من الموصى له لان
الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا
لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد
ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه
بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا التنجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع قوله ولان الاقالة
دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع وتوجيهه ان البيع الاول مشروع باصله ووصفه لما تقدم
من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا
في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح قوله ولانه
حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته فالتحق بالعدم
ونقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته والجواب انا لا نسلم التمام

فيه فان كلام المتعاقدين يملك الفسخ فابن التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك
الفسخ والمنتهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا مستند ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم
من جهته فكان كلا فتصرف المشتري جوابه عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا
عن نفاذ التصرف لم ينفذ تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها
لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال ان كل واحد من حق المشتري والشفيع
حق العبد وبينهما في المشروعية فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق
الغير انما يمنع النفاذ اذا كان في مقابلة ما هو مرجوح عنده فاما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع
راجح لانه عند صحة الاخذ تحول الى الصفقة اليه فيبقى تصرفات المشتري بلا مستند فينقض ولانه حاصل
التسليط من جهة الشفيع لكنه نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن
او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك قال ومن اشترى عبدا
بخمر او خنزير فقبضه ومن اشترى عبدا بخمر وخنزير فقبضه باذن البائع واعتقه او باعه بيعا
صحيحا واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد يوتى لو تركه او وهبه وسلمه فهو اسوأ ما فعل من هذه التصرفات
جائز وعليه القيمة اما جواز فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب
القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار كغصب
هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع انقطع حق الاسترداد على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد
وبالثاني والكتابة والرهن تقييد البيع لانها لازمات فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق
الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد له يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع
وهو تعلق حق العبد فيه وليس لتخصيصها في عود الاسترداد زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض
التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل انتقاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولايته الاسترداد
لعود قائم ملكه اليه ثم عود حق الاسترداد له في جميع الصور انما يكون اذا انتقض على المشتري بالقيمة واما اذا كان
بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا باع فغرم الغاصب قيمة المغصوب لا يرد
ثم عاد قوله وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد له
فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تنفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقدر الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون
الرد امتناعا ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ
ليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من
المشتري وليس بواضح بل المراد ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا كان او قيمة وهذا
الحكم ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمعوض فكان له ولاية ان لا يدفع
المبيع الى ان يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن مضمون بقدر
الدين لا غير وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي

الثمن

بما تقدم من ان للمشتري حق منع البائع من المبيع الى ان يأخذ ما ادى اليه وكل من تقدم على حال حيوة
تقدم على غرمائه صح

الثمن لانه يقدم على حال حيوته فكذا يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن
اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم ان
كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح
وعلى رواية ابي حفص لا تتعين والقرض الفاسد وهو بيع دراهم ووجه رواية ابي سليمان ما ذكره المص
ان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونها متعينة لا على وجه مشروع وقيل في حكم النقض
والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد بعينها ان كانت قائمة وان كانت مستهلكة
اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع
يباع بحق المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين قال ومن باع دارا
بيعا فاسدا من باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ينقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس فيها او كذا في الايضاح ان قول
ابي يوسف في هذا هو قوله الاول وقوله آخر مع ابي حنيفة لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه
يحتاج فيه الى القضاء او الرضاء ويبطل بالتأخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك
وقد تقدم ان البائع بيعا فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء
فالاقوى لا يبطل به وهو بديهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس لحق البائع كذلك ولا يحتمل ان
البناء والغرس حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع وكل ما هو كذلك ينقطع به حق الاسترداد كالبيع
الحاصل من المشتري بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفيع
وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن او بالاقل بالقيمة وان كان لا شفعة في
البيع الفاسد لان حق البائع قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق
البائع لرجوعه منه هذا التقرير يتبين ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الجملة قيل وانما ادخل
فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام ولعله ذكره
بالحقه بالبيع في كونه منتهيا مقررا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منتهيا للملك فينقطع به حق
الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد
بالبناء لصيرورته حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري وقد عرض بانه اذا وجب
نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق الاولى لان فيه
اعدام الفاسد واذا ظهر ما ذكر فليس بوارد اذ البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم من نقضه لمن
ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت الملازمة وقد عرض ايضا بانه اذا انقض البناء لحق الشفيع
وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو
البناء كما اذا باع المشتري شيئا فاسدا بيعا صحيحا وزاد عليه المبيع بما هو فسخ واجيب بوجود مانع
آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد له

راجع الى اصل في تعيين المعرض للرد على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح صح

وهذا لان النقض انما وجب حق الشفيع ايضا حق الشفيع فصار النقض مستحقا بحق التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت
المنتقض على وجه يبطل حق المنتقض وهو التسليم الى الشفيع دون وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابي حنيفة ويعقوب رحمهما
ثم شك بعد ذلك في حكاية الرواية عن ابي حنيفة لاني مذهبه والدليل على ان مذهبه ذلك تنصيص محمد
على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري
شراء فاسدا وبنى فيها او غرس وعندهما لا شفعة فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع
في الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع
ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجوب الملزوم يدل على لازمه محال وعلى هذا لم يكن
حفظ مذهب ابي حنيفة في ثبوت الشفعة لاشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم
يبق الشك الا في رواية عنه لمحمد بدون قال شمس الائمة السرخسي هذه المسئلة هي المسئلة الثالثة التي
جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال ابو يوسف ما رايت عن ابي حنيفة انه ياخذ قيمتها وانما روي
لك ان تنقض البناء وقال محمد بل روي لي عنه انه ياخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان
في الرواية حيث لم يجد مذهب ابي حنيفة كذا وانما قال ما روي وفيه تامل ولما كان هذا الموضع محتاجا
الى تاكيد كرر المص قوله شك في الرواية وفي كلام نوع اغلاق لانه قال رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير
والراوي في الجامع الصغير محمد لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب عن
ابي حنيفة لمحمد رحمه الله قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا ونباها اعلم ان الاموال على نوعين
نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كخلافهما والخبث ايضا على نوعين خبث
لفساد الملك وخبث لعدم الملك فاما الاطلاق يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين والتقييد يؤثر فيهما
جميعا واذا ظهر هذا فمن اشترى جارية بيعا فاسدا ونباها فباعها ورفع فيها تصدق بالربح وان
اشترى البائع بالثمن شيئا ربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما يتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها ويؤثر
الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه لانه لفساد
الملك لا لعدمه ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك هذا العبد بهذه الدراهم كان
له ان يتركها ويدفع الى البائع غيرها لما ان الثمن يجب في ذمة المشتري لا يتعلق بعين تلك الدراهم
المشار اليها في البياعات وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي تقدمت
انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح
فيها او غصب دراهم واتى ضمانها واشترى بها شيئا وباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يطيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والفرض وجوده
وتقريره ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وبما لا يتعين شبهة من حيث سلامة
المبيع او تقدير الثمن وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها وتقدمها او اشار اليها
وتقدمه من غيرها فان كان الاول فقد تعلق بسلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا وان كان الثاني فقد

تعلق

تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني تدخل اليه
بملك الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد فلذلك حصل بملك الغير
يجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة
الخبث وهي التي يكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بما له
فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين ينتقل الى شبهة الشبهة التي لا
تخلو سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بملك الغير من كل وجه لم يبق
كذلك بل بما له فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازلة عنها فيدار بالحديث وهو ما روي
ان النبي عم نهى عن الربوا والريبة والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان
شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير
واما اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخلة في الريبة فقد يثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان
شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت ما دونها ايضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتبارها لئلا ينسد باب
النجاة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة شبهة فما دونها قال وكذلك اذا ادعى رجل قبل آخر على
الف درهم فاقتضاها فقضاها ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي ورفع طاب له
الربح لا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين يثبت بالتسمية بدعوى المدعي
واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مضافا الى ملكه لكن لما تصادقا انه لم يكن
استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق يملك اذا كان عينا يتعين
كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق
يملك لما نفذ لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين اولى لكنه يفيد الملك اذا لا استحقاق
قصدا في مقابلة لا فيه فلو كان فيه شبهة الحلال والخبث لفساد الملك لا يعود فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكنه هو شعبة
من شعبة الحرام واخر عنه ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبيح اذا كان لامر مجاور
كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير وهي مسائل منها عن التجش
بفتحتين وهو ان يزيد الرجل ولا يريد الشراء لترغيب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه
السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بان يدفع الثمن وهو
خداع والخداع قبيح جاء وهذا البيع فكان مكروها وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا
طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاده شخص لا يريد الشراء الى ما بلغ ثمنها لا يكون مكروها
لانتفاء الخداع ونهى عن السوم على سوم غيره قال عم لا يسام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه وهو نهي في معنى النهي فيفيد المشروعية وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة و
البائع والمشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لانتهاء

على الايماش والاضرار وما يتجاذب بنهكات عن البيع فلان مكروها اذا جنح البايع الى البيع بالطلب به الاقل
من الثمن وكذلك في النكاح اما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روي انس رضي الله
عنه ان رسول الله عم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد قال وعن تلقي الجلب اي ونهى رسول الله
عن تلقي الجلب ابراد الجلب وصورته المحترز اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخاله
المحترز ليبيعه على ما اراده فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد اولا والثاني لا يخلو من ان يلبس
السعر على الوارد اولا فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار
قبح التضييق المجاور المتنك وان كان الثاني وقد لبس السعر على الوارد فقد غر وغرر وهو قبيح فيكره
والا فلا باس بذلك قال وبيع الحاضر للبادي اي نهى رسول الله عم ان يبيع الحاضر للبادي فقال
عليه السلام لا يبيع حاضر لباد صورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل مصره يبيعه من اهل البادية بثمن غال
فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون بذلك فان كان
الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك وعلى هذا تكون اللام في البادي بمعنى من وقيد
في صورته نظرا الى اللام ان يتولى المحترز البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة قال والبيع
عند اذان الجمعة اي نهى رسول الله عم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وسميته منهيا
باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة قوله ثم فيه بيان القبح المجاور فات البيع قد يخدوا جب السعي
اذا قعدا ووقفا بينا جاز وانما اذا ابتاعا يمشيان فلا خلل فيه بلا كراهة وقد تقدم في كتاب
الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال وكان ذلك اي المذكور من اقل الفصل
الى هنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد اي القبح في امر خارج زائد اي مجاور ليس في صلب العقد
ولا في شرائط الصحة وتفسير بيع من يزيد وما روي انس رضي الله عنه قدم انا نوع منه اي هذا
الذي نشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم من الآخر
كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ لقوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته
يوم القيمة قوله ووهب معطوف على قوله عم من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عم ووهب
النبي عم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال
ادرك ادرك ويروى ازدد ازدد ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالا
بالادراك والرد والوعيد جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع
فقلنا بكراهة البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور منتك عنه لجواز ان يقع ذلك بالحيلة والمعنى
المؤثر في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير الصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس
والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد النبي عم على ذلك بقوله عم من فرق بين
والدة وولدها وان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق ويجوز ان يكون المراد في قطع الا
ستيناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله عم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر

كبيرنا

كبيرنا ثم المنع عن التفريق انما هو باعتبار استيناس وتعاهد يحصلان بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون
احدهما ذا رحم محرم من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا فرق للمولى والصغير فصدا فلا يدخل محرم
غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما اخا رضاعيا للآخر او كان
امه والآخر ابنها من الرضاع او كان احدهما ولد عم الآخر فالاول اولى ان يجوز التفريق
بينهما لان النص النافي ورد خلاف القياس لان القياس يقتضي جواز التفريق بوجود الملك المطلق للمتصرف
من الجميع والتفريق كما في الكبيرين وكلما ورد من النص خلاف القياس يقتصر على مورده ومورده الوالدة
وولدها والاخوان فبقي كلام المصنف ناقصا لانه علل بقوله ولان الصغير يستانس بالصغير وقال
ثم المنع معلل بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد خلاف القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا
فجاء التناقض والحل ما اشرنا اليه في تفسير كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس
وتعاهد يحصلان بالقرابة المحرمة للنكاح بدون حرمة المولى والصغير فصدا فرد بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير
بالدلالة اذا ساواه لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول
على هذا التفسير وبين قوله ولان خلاف القياس واذا ظهر هذا ثبت انه ليس في القرابة المحرمة ولا
فيه حرج ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح وما لا حرج فيه حتى يلحقها بها فلا بد ما فلذا في الكتب لو كان
منع التفريق معللا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة
مواضع وان كان احدهما صغيرا وكانت العلة منقوضة او لزم الزام القول بتخصيص العلة الفاسدة عند
عامة المشايخ والاول من المواضع ما اذا صار احدهما في ملك ابي حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولده ان
كانت امة فانه لا باس ببيع الآخر وان حصل التفريق والثاني اذا جنى احدهما جناية نفس او مال فان
للمولى ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة
والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره بالشراء
والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق والخامس اذا اشتراهما
ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق والسادس جاز اعتاق احدهما
على مال او غيره وهو تفريق والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه ورضا امه ولزم التفريق
واذا تاملت ما يحتمل ذلك آنفا ظهر لك عدم ورود هاتين ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر اما
الاول فلان بيع احدهما لما امتنع لمعنى شرعي لم يمنع عن بيع الاخير تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر
عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تفريق التفريق مع وجود الملك المطلق الاضرار فكيف يجعل
لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث واما الثاني فلانه لو لزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر
واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر عن الصغير ولو منع المسلم من شراء تضرر الصغير
قصدا وعاد على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلها دار الحرب فيشتاء ان يرى وضرر ذلك
ظاهر في الدنيا لعرضه الاسر والقتل وفي الآخرة لان ظاهر من يشتاء من صغير يتهم ان يكون

على دينهم وأما الرابع فلان بيع احد الكبيرين مع دفع من الصغير بالآخر اضرار للمولى وأما الخامس فجواز التفريق
فيه ممنوع على ما روي عن ابي يوسف وعلى هذا الظاهر الرواية انما جاز لان ترك السالم عن العيب حرام من كل وجه
وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فتعين ذلك دفعا للاضرار عنه وأما في السادس فلان الاعتاق هو عتق
الجميع بالكل الوجوه لان العتق او الكتابة صار راجعا بنفسه فيدور موجبه ما دار راجعا ويتعاهدا مورد على
ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل الموجب في ابتدائها جميعا مع زيادة وصف وهي استرداد
بنفسه وأما في التابع فلان المنع عن التفريق للاضرار عن الصغير بهما فاذا رضيا بالتفريق اندفع الضرر
فيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون دفعه مالا ضرر فيه من كل وجه قبل الحق به وأما السادس فلا تفريق فيه وأما
التابع فمن قبيل اسقاط الحق ثم لا بد من اجتماعهما في ملك مشتر واحد حتى لو كان احدهما له والآخر لغيره لا يجوز
بيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه واكثر الغير مطلقا يتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا
له او كبيرا وهما في عياله او لا وسواء كان زوجته او مكاتبه ولا يجوز بيع احدهما من احد من هؤلاء اذا كان
في ملكه لحصول التفريق بذلك قوله ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم تقريره في اثناء الاسولة وجوابها
وروي عن ابي حنيفة انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان
الفداء اولى قال فان فرق لم يكره له ذلك جاز العقد فان فرق كره ذلك والاطلاق التفريق
يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او بالقسمة في الميراث والغنائم او الهبة او غير ذلك والبيع جائز
وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد لقدرتها وضعف غيرها وعنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا من
قوله عم لعلي اذرك اذرك ولزيد بن حارثة ازدد ازدد فان الامر بالادراك والزيادة لا يكون
الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو
الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لا فاسد كالاستيام والجواب
عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما قوله وان كانا كبيرين فلا بأس
بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما روينا به النص يشير الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما
قررناه وقد صح ان النبي عم فرق بين جارية وسيرين وكانتا امتين اختين زوجهما امير القبط اهدى
رسول الله جاريتين اختين وبغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له
ابرهيم وهي جارية ووهب الاخرى لحسان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن
عبد البر في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او مأذونا له واما اذا
كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

باب الاقالة

لما كان بالفسخ كان الاقالة تعلقا خاصا بهما فاعقب ذكرها اياهما وهي من القبول من القول و
الرفع للسلب كما ذهب اليه بعض بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عم من اقال نادما
بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة ندب صلى الله عم اليها بما يرجب الخير عليها من الثواب اخبارا

او دعاء

او دعاء وكلاهما لا يكون الا مشروعا ولان العقد حقهما وكل ما هو حقهما يملكان رفعه لجاجتهما وشرطها
ان يكون بالثمن الاول فان شرطا اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل
ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولهذا يبطل ما تعلق به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان
منه ولو باع البائع المبيع من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه
قبل القبض بيع جديد في حق غيرهما ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم
الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط
التقابض اذا كان المبيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا وهذا ظاهر لفظها ينبئ
عن الفسخ كما ذكرنا ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا
فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولا يوجد اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا في حق المتعاقدين
ليتأتى منهما فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما فان تعذر جعلها فسخا بطلت كما اذا ولدت المبيعة
بعد القبض ولدا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد رح يبقى الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان يتعذر
جعلها فسخا فيبطل كما اذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد فسخ الا اذا
تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة
بيع العرض بالدراهم بعد هلاكه استدل محمد بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع
يعني ان حقيقة ذلك يقال في الدعاء اقلني عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يعدل الى المجاز
فيعمل بها واذا تعذر فيحمل على مجازه وهو البيع لانه بيع في حق الثالث واستدل ابو يوسف بمعناه
فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام البيع من بطلانه
بهلاك السلعة والرد بالعيب وبثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا او محتملة له لانعقد
البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلانه اللازم على المروي عن بعض المشايخ
وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد في هذا العبد بالف درهم ولم يكن بينهما
عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى مال وجعله فيبطل في مخرجها وما نحن
فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ما له وجه اعني به سابقة العقد فيها فلم يلزم من ارادة المجاز
من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة
الدليل على المجاز وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة مجازا بيعا
وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك العقد في هذا
العبد معناه على ذلك الشرط بعتك هذا العبد وذلك يقتضي سابقة العقد واستدل
ابو حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل اعمال الالفاظ
في حقايقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطل وههنا لم يمكن ان يجعل مجازا

ان امكن والا بطل ومهما لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يخلو لكونها ضدين و
واستعمال احد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق
الثالث ولو لم يجعل بيعا لم يكن ذلك اجاب المص بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز
ثابت بمقتضى الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه
بل هو امر من ورائه لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبايع بدل الظهر موجبه في حق الثالث
دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره بوجه ابسط ان البيع وضع لاثبات الملك
قصدا وزوال الملك من حق زواله والاقالة وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك
للبايع من حق زواله فيثبت الملك لكل واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب
الصيغة في حق المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعتبر اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس
لهما ولاية على غيرهما ووجه آخر ان المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق الثالث ليس مقتضى الصيغة
لان كونها فسخا مقتضاها فلو كانت بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو محال ذلك
والجواب لا نسلم عما استدل به ابو يوسف من ثبوت الاحكام وفساد الاقالة عند هلاك المبيع
وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يعتبر ويثبت في ضمن الاقالة واما الاقالة فمن الحقايق فلا
يخرجها عن حقيقتها الى الفسخ اذا ثبت هذا ايرد ما ذكر من الاصل لتعذر اذا شرط الاكثر في الاقالة
على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفع الوصف الذي كان قبل
والفسخ على الزيادة ليس كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها
لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا لانه نفعا لاحد العاقدين وهو مستحق بعقد له
المعاوضة خال عن العوض والاقالة شبه البيع من حيث المعنى وكان الشرط الفاسد فيها بمنزلة الشرط
فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة في اثبات ما لم يكن بالعقد
فيتحقق الربوا ولان في الشرط شبهة الربوا وهي معتبرة وكذا اذا اشترط الاقل من الثمن الاول لما بينا
من ان الرفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون محالا الا ان يحدث في المبيع
عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وصورة هذه المسائل الثلاث
ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت
بالف ولغى ذكر الباقي وان تقايلا بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغى النقص ووجب
على البايع رد الالف على المشتري وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان
العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البايع جزء من الثمن وجواب
الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار ما يتغابن الناس فيه اولا وقال
بعض المشايخ تاويل المسئلة ذلك هذا عند ابي حنيفة ومحمد وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل
هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد رحمهما الله وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن

بقضية في

مايل الشارح بدل الاحكام ولا يعتبر للفاسد فاذا خرجه م الاستحاضة على كون حد ناصح

مؤثر ح

فاذا زاد

فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء ولا فرق في الزيادة
والنقصان عند ابي يوسف لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد الفسخ ممكن في فصل النقصان لانه
لو سكت عن جميع الثمن واقاله كان فسخا فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت عن كل الثمن
اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول ممنوع لان المختلف على المختلف والثاني غير ناهض
لان ابا يوسف انما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لاشتماله ذكر الثمن بجملته صورة النقصان فان
فيها ما يعلم ثمنا اذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات
بالعيب ولو اقاله بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة ويجعل التسمية لغوا وعندهما
بيعا لما بينا من وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عند
ابي يوسف لان الولد مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده
وقاضيخان ما ذكر في الذخيرة ان الجارية اذا زادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء
كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان زيادة قبل القبض لا تمنع
الفسخ منفصلة كانت او متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند
ابي حنيفة لانه لا يصح الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ
برضى من له الحق في الزيادة يبطل حقه فيها والثنايا دليل الرضا فامكن تصحيحها فسخا والاقالة
في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع واما في غيره كالعقار فهي فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
واما عند ابي يوسف فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع
صحة الاقالة هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع يستدعي قيام
البيع فان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده
عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول
ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام المبيع فيه وتقايضا جازت الاقالة بعد هلاك
احدهما اي احد العوضين ابتداء بان تقايضا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بايع الجارية ثم اقالا البيع
في الجارية ووجب رد قيمة العبد ولا يبطل بهلاك احدهما بعد وجودهما لان كل واحد منهما مبيع فكان
البيع قايما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قايما وصحت الاقالة ثم هلك القايم قبل
الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين قبل القبض اذا كان
احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم
البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك احد العوضين بخلاف المقايضة فانها بيع على
الحقيقة وكل واحد من العوضين جهة كونه مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل
وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة
بخلاف التصارف فان هلاك البدلين جميعا قبله غير مانع من الاقالة مع ان كل واحد من العوضين

تقايضا

فيه حكم المبيع والثمن كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم تتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل رد
المعوض وان هلك سيان فصار هلاكهما كعينهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما قائمين فمتى هلكا
لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الاقالة عليه واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر عن المستقبل
كان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يصح الا بلفظين يعبر بهما
عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع وكرهما ان الاقالة لا تكون الا
بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله اقلني منساوية بل يكون تحقيقا للتصرف في النكاح وبه فارق البيع

باب المرابحة والتولية

لما فرغ مما يتعلق بالاصل
وهو البيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من
المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرنا في اول البيوع وعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل
ما ملكه بالعقد الاول بالثمن مع زيادة ربح لا تمرض عليه بانه غير طيب ولا منكر اما الاول فلان من
اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه واما الثاني فلان المغصوب لا يرد
اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه
لا عقد عليه فيه وبانه مشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به
عين الثمن الاول وهو لا سبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون
مراد في البيع الثاني ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المقدار من حيث الجنس او المقدار والاول ليس
بشرط لما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل
الربح من جنس راس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به
الثاني لان الكل ثمن والثاني يقتضي ان لا يضم الى راس المال اجرة القصار والصباغ والحمال وغيرها
لانها ليست بثمن في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك شيئا بهبة او وصية
فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط فيدخل هذا الاولى ان يقال نقل ما ملكه
من البيع بما قام عنده والاحتراز عن الاول لانا لا نسلم صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه
النقل وعن الثاني بان المراد بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا فسخ بالقيمة على ذلك عقدا
آخر حتى لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب والمراد بالمثل هو المثل في المقدار والعادة جرت
بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى راس المال فكان من جملة الثمن الا عادة واذا لم يكن الثمن نفسه
مرادا يجعل مجازا عما قام عنده من غير جناية فيدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكون
العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة قوله والتولية نقل ما ملكه بالعقد
الاول من غير زيادة ربح يربح عليه كما كان يربح على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول والحوالة
الجائزة والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس من غير انكار ولمساس الحاجة
الى الغبن الذي لا يتغابن في التجارة والصفة كالسلعة يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذي المشتري

فعل

ويطيب

ويطيب تفسيره بمثل ما اشتراه وبزيادة ربح وقد صح التولية من البيع كما ذكرنا في الكتاب فوجب
القول بجوازها لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا ايضا لا يحتاج الى الاشهاد كان مبنى البيعين ايضا وهما
على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة واجب لاقتضاء المقام
ذلك وعن هذا لم يصح المرابحة والتولية فيما اذا كان الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة
في ذوات القيم انما تعرف بالحزر والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فتشبه الخيانة كالمجازفة
في الاموال الربوية وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه قال ولا تصح المرابحة
ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل لان صحة المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا انهما
على الاحتراز عن الخيانة وشبهها والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان امكن فقد لا يمكن عن شبهها
لان المشتري لا يشتري المبيع الا بقيمته ما دفع فيه من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه حيث لا يملكه والدفع
مثله اذا الفرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن فتتمكن فيه شبهة الخيانة
الا اذا كان المشتري مرابحة من ملك ذلك الذي الذي البائع الاول بسبب من الاسباب فانه
يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من الكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما
التزم واما اذا اشتراه ذه بازدة مثلا ابربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول
عشرين كان الربح درهما وان كان ثلثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه براس المال
وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن الثمن الثمن كالثوب مثلا
وبجزء من احد عشر جزءا من الثوب والجزء المجهول عشر لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ثم الثمن
الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق الربح او يبين
راس المال فان كان كما اذا قال بعتك بعشرة وربح درهم فالربح من نقد البلد وان كان الثمن كقوله
بعتك بربح العشرة او ذه بازدة فالربح من جنس الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على
صفته ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصبغ والحمال والقتل واجرة حمل الطعام
لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته
يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء يزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في
القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا
يكون كاذبا لان القيام عليه عبارة عن الخصومة عما غرم وقد غرم فيه الثمن المسمى واذا باع بالرقم يقول
رقمته كذا فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل فاجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد
في العين ولا في القيمة وبخلاف اجر المعلم فاذا انفق على عبده في تعلم علم من الاعمال دراهم لم يلحقها براس
المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم وهو الحذق والذكاء لا بما انفق على المعلم
وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الابن والجمام والختان فان الملح المشتري على
خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء

اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط
قدرها في المرابحة والتولية وقال محمد يعتبر فيهما الجواز لان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما
ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها يتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكونان
مرغوبا فيه كوصف السلامة وفوائه يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية
لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر
عن التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فيبقى كالمرابحة
والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في القصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر
الخيانة من راس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من راس المال والربح جميعا كما اذا اشتريه بعشرة بازيد
خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم فيأخذ الثوب
باثني عشر درهما ولابي حنيفة انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه اشتراه بالثمن الاول وهذا ليس كذلك
كثير الخيانة لا يبقى تولية بدليل انه يتغير التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة كما كانت من غير
تغير التصرف كثير بتفاوت الربح فيتجبر ذلك لقول الرضا قلو هلك المبيع قبل ان يراه او يستهلكه او
حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تقرر انه بالهلاك وغيره
فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان
المستحق للمشتري عند المطالبة بتسليم الجزء الفائت فتسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات
الظاهرة احترازا عما روي عن محمد في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة وان كانت اقل من الثمن دفعا
للضرر عن المشتري قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح الكلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهرة
وانما الكلام في دليلها فالعقد الثاني عقد مجرد منقطع الاحكام عن الاول ومقاصده كما هو كذلك يجوز
بناء المرابحة عليه كما اذا اشترى من مشتري مشتريه وقال ابو حنيفة شبهة حصول الربح الحاصل
بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري
تاكد ما كان على شرف السقوط والتاكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كالشهود على رجل بالطلاق قبل
الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتاكد ما كان على شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كانه
اشتري بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا
عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه
منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على الحط والحط لغة ولو وجد الحط حقيقة
ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا عكست الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما
اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا
وهو حصول الثوب بلا عوض واجيب بان التاكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا عن الخيانة

على ما ذكرنا

على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيفيد التاكيد في المرابحة واما
جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون للتاكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل عن فرائد العلامة
حميد الدين رحمه الله بخلاف ما اذا اتحد الثالث لان التاكيد هنا يفيد ولم يستند فسخ المشتري الاول الى
الثاني فانتفت الشبهة قال واذا اشترى العبد المأذون له اذا اشترى العبد المأذون له في
التجارة ثوبا بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة
على عشرة وكذا ان كان المولى اشتراه وباعه من العبد لان هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة
العدم لجوازه مع المشاع وهو يتعلق حق المولى بمال العبد وقد كان العبد ملكا للمولى ولهذا كان له ان يقضي
الدين ويستفيد بكسب عبده فصار كالبيع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز عن شبهة
الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيع على الثمن المذكور في الاول
وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئا
لم يكن له قبل البيع لاملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد
وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحاكم بقيد لما ذكرنا قال وان كان مع المضارب عشرة
دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر
فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان بين هذا البيع والاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على
خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عدم الربح خلافا
لزفر فيه شبهة العدم وجه قول زفر ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون
البيع موجودا ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى المضارب
انفسخت ولاية رب المال عن المال في التصرف فيه فالشرع من المضارب عمله ولاية التصرف وهو مقصوده واذا كان
مشتملا على الفائدة يعتبر لان الانعقاد يبتنى على الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة
واحدة جاز البيع فيهما فاخرجه في عقد الفائدة انقسام الثمن واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل
زفر وقد استوفيه النص بقوله الا ترى انه يعني للمضارب وكذا رب المال في البيع الاول من وجه وعلى هذا
وجب ان لا يجوز البيع بينهما كما لا يجوز البيع بين الموكل ووكيله فيما وكل فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان
البيع الثاني كالمعدوم وحق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة
ولا شبهة في اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك قال ومن اشترى
جارية فاعورت اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئها وهي
ثيب ولم ينقصها الوطء جاز له ان يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس ما يقابله الثمن لما فات
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن قوله ولهذا لو جنى لقتله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فات
العين بعد التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطء لا يقابلها الثمن
وعورض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل المشتري اذا وطئها ثم وجد عيبا لم يملك الرد وان كانت

ثبيتا وماذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطء بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب
بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ
يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لا يرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع
ويسلم الوطء للمشتري مجانا والوطء يستلزم العقر عند سقوط العقر لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن
ابي يوسف انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعوار من غير بيان كما اذا احتبس بعضه وهو قول ان فهو
بناء على مذهبه على ان للاوصاف حصة من الثمن من غير تقابل فكان التعيب بآفة سماوية او بفعل العباد
واما اذا افتاء عينها راجع الى اقالة المشتري وفي بعض النسخ فلان يكون جوابا لقول ابي يوسف وذلك في امرين
يعني اذا افتاء المشتري عينها بنفسه او افتاءها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغير وجب البيان عند
البيع مرابحة لانه صار مغصوبا بالاتلاف اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه واما اذا كان
بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون للمشتري حابس بدل جزء من المغصوب عليه فيمنع
المرابحة بدون البيان وجواب المصنف تدل بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في الجامع محمد في امر الجامع
الصغير قال التي كان ذكر الارش وقوله قال لانه لما افتاء الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجب
ضمان الارش لاخذ الارش فاخذ حكمه ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط غير مفترض لاخذ
الارش ولا كفعل المبسوط كذلك وكذا ان وطئها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان لان العقد جزء
من العين يقابله الثمن وقد حبسها فلا بد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فاذا بالقاف من قرض
الثوب بالمقراض اذا قطعه ونصر ابو البر على انه بالتاء او حرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان
الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولكن الثوب بنقص وطئه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لانه صار مغصوبا
بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين قال ومن اشترى غلاما بالف درهم
نسيئة ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة درهم ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان
شاء رده وان شاء قبله لان الاجل شيء له بالبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا
الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنها والمرابحة توجب الاحتراز عن
مظان الخيانة وتعرض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير
السليم واذا فات سلامة الاعضاء يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعوار العين واجيب بان
الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انها في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول اجلتني مدة
كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة
الاعضاء ويشير المصنف الى هذا بقوله ولم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه
ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار
شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والا كان
ما فرضناه شبهة حقيقة فالتحق بالاول قال وان كان ولاه اياه يعني ان المتولية كالمرابحة

بما

بما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فلان للمشتري الخيار لان المتولية في
وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وان كان
استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرنا ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن الاوزجندي
انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو تخريجها اذا اسند في الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتي
من بعد في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد انه قال للمشتري
ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وعلى هذا على اصل في التخالف مستقيم فانه اقام القيمة
مقامه وقيل هو قول ابي جعفر البلخي يعني يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل
مشروطا في العقد لكنه متعارف كما في بعض البلاد يشترون بنقد ويبيعون الثمن بعد شهر امتاعا
جاز او متاعا قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال قال
وفي رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وليك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن
كالصبغ والفتل وغير ذلك فلم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس
صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا
يحتمل الصحة فاذا احضر العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة واحدة وصار كتاخر القبول
الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر الفساد المتقرر لا يقبل الاصلاح وتخيير البيع بالرفع في صحته بالبيان
في المجلس وتقرر فساده بعده واما خيار المشتري فالحاقا في الرضا لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا
يتحقق قبل الرؤية للجهالة بالصفات فكان في معنى خيار الرؤية فالحق به

فصل

وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة ان
مستطرد باعتبار تقييدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا
مما ينقل نقلا جنسا وهو المراد بقوله بجزاف قدره ليتلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه
لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض وهو بالاطلاق حجة على مالك يعني في تخصيص ذكر الطعام والامتناع
له ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم قال اذا اشترى احدكم طعاما فلا يبعه حتى يقبضه
وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس قال
واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا فكان ذلك مرويا بمعنى
الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه
انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب
على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه
الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار الى رحالهم واما
قبل البيع ولم يقبل لم يجز له التصرف لتقع على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد وان كان قبل
القبض قال كل تصرف لا يتم الا بالقبض فانه جائز قبل القبض اذا سلم على قبضه فقبضه لان غنام

هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زايد عند ذلك فلا في البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والجواب ان البيع
اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الهبة عرفا بحمل النفس بمنع تمام الهبة دون البيع ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز
لانه تمليك لمعين ما ملكه وفي الهبة تمام الغرض في ملكه فالهبة اولى قوله ولا يرتفع عذر انفساخ العقد استدل لانه
بالمعقول وتقريره ان البيع قبل القبض عذر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البايع والعذر غير
جايز لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما خوى منك علمه وقد تقدم واعترض بان عذر الانفساخ بعد
القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس بمانع ولا يدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم
الهلاك كذلك فاستويا واجيب بان عدم جوازه قبل القبض يثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك
المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى واحل الله البيع وليس ما بعد القبض في معناه لان عذر الانفساخ بالهلاك
والاستحقاق وفيما بعد القبض عذره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول بجامع عدم القبض فيهما وهما
كالاجارة فانها في العقار لا تجوز قبل القبض والجامع اشتمالها على ربح ما لم يضمن فان المنفعة من البيع الربح وربح
ما لم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة
ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محل مملوك له فلا يكون مقتضيا للجواز
والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر فيقع العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع
بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود وهو امكان انتقاء المانع في العقار فانه عذر الانفساخ وقد يوجد بالرد
بالعيب واجيب بانه لا يصح لانه اذا اجاز البيع فيه قبل القبض صار مملكا للمشتري وحينئذ لا يملك
المشتري الا الرد وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء او عادة الرد والاولى ان يقال كلامنا في عذر الانفساخ
وما ذكرتم في عذر الفسخ واذا ثبت الهلاك في العقار نادرا كان عذر انفساخ العقد المنهي عنه متيقنا و
الحديث معلول بما لم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدليلي الجواز من الكتاب والسنة والاجماع
واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع
النص غير معتبر واجيب بانه عام دخله الخصوص اجماعا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض
ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فيجمع على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي
عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه سلمنا انه نهي عن
بيع ما لم يقبض من ملكه الذي يملك بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا سلمنا صلاحيته لذلك
لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله له واذا كان الحديث معلولا بعذر الانفساخ تناول لا محالة
ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما يناقضه تناولا ظاهرا واعلم اني اذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع
بتوفيق الله على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول جايزا بعموم قوله
تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل جاء وهو قوله تعالى وحرم الربوا والعام المخصوص يجوز
تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بعذر الانفساخ او لا

قبل القبض

فان

فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن
مسندا الى الاعرابي عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبينه وبين ادلة الجواز فلا
يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق حينئذ والاعمال متعين لا محالة فكما لم يتناول العقار
لم يتناول الصداق وبدل الخلع ويكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض هذا والله اعلم بالصواب
قوله والاجارة جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف
قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك
التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك في التابع وقبل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول
والاجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا
موازنة اذا اشترى الكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف فذلك على اقسام
اربعة اشترى مكايلة وباع مكايلة او اشترى مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس من ذلك
ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري الا ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري
الاول كذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ولانه يحتمل
ان يزيد على المشروط ولا كذلك للبايع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذا اذا كان
موجودا في الموزون فكان مثله وفي الثاني لا يحتاج الى الكيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث
لا يحتاج المشتري الى الكيل لانه لما اشترى مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه فكان متصرفا في ملك
نفسه قال المصنف الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بان من الجايز
انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر في الواقع
فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الاول وفيه من الخطر ما تدري وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذمة
البايع وفي الكيل بان باع مجازفة وفي ذمته انه مائة قفيز فاذا هو زايد عليها مائة والزايد للمشتري ويجوز ان يحمل
من باب الوزن ومعناه ان المانع من التصرف هو اظهار الزيادة ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري
حيث لم يقع العقد مكايلة فلهذا المانع على تقدير وجوده لا يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى ويجوز فرض
الحمار اذا فعلت به غرض كما في قوله تعالى ان تدعوهم لا يسمعوا دعاءكم ولو سمعوا ما استجابوا لكم وفي الرابع يحتاج
الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البايع بحضرته لان الكيل شرط لجواز التصرف فيما بيع مكايلة لكن الحاجة
الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان بنفس التصرف في البيع اللعام
الى الغاية المذكورة يتناول الاقسام الاربعة فاوجب تخصيصه بما في الكتاب واجيب انه معلول باحتمال
الزيادة على المشروط وفي الاول انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه دعوى بخرطه واجيب
بان النقض عن عهدة ذلك بان يقال قد قال الله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا فنقض اجوان مطلقا
وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين
المقدار وتعيين المقدار انما يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول
معلول

بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جابرا بلا كيل ثم قوله اشترى مكيلا اشارة الى انه لو ملكه بهبة او وصية جاز التفرق
فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا لو وقع ثمنا لما سيأتي وحكم بيع الثوب مذروعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة له
اذا التزاع في الثوب فلم يكن هناك اعتبار الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد به النص ليلحق به بخلاف القدر فانه
مبيع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول قبل البيع وان كان بعفرة المشتري الثاني لان الشرط
صاع البائع والمشتري وهذا ليس كذلك ولا بكيل بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع
يصير معلوما ولا تسليم الا بعد قبضه ولو كال له البائع بعد البيع بعفرة المشتري قبل لا يكتفى به لظاهر الحديث
فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم وانتفى احتمال الزيادة
ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على ما سيأتي على في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل
كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز لانه
اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان كلام المصنف ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة
اولا فيما اذا كان العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان التفاضل بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة
ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون فيه عقد واحد بشرط الكيل لما ان
الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط
الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد فيما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين ولا فيه
بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كال له البائع المشتري الاول وبالمشتري هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني
ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة بعفرة مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحل الحديث
اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور اليه فلا تندرج الحديث دليل
على وجوب التفاضل فيما اذا اجتمعت الصفقتان كما في اول المسئلة وما سيأتي في باب السلم واما فيما نحن
فيه فلا هذا واذا نظرنا الى التعليل وهو قوله ولانه يجوز ان يزيد على المشروط فيكون للبائع يقتضي ان يكون بالكيل
الواحد في اول المسئلة ايضا لما ذكرنا ولو ثبت ان وجوب الكيلين عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة
او قياس واستحسان لكان مرفوعا جاريا على القولين لكنه لم اظفر بذلك ولو اشترى للعدد هكذا فهو كالمذروع فيما
يروى عن ابي بكر ومحمد رحمهما الله وهو رواية عن ابي حنيفة لانه يستدعي الربوا ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين
فكان كالمذروع وحكمه قدره فكان كالمذروع ملوزن فيما يروى عن ابي حنيفة وهو قول الكرخي لانه للاختبار الزيادة
الا يرى ان من اشترى جوزا على انه الف فوجدها اكثر يسلم له الزيادة ولو وجدها اقل يسترد حصة النقصان
من البائع كالموزون فلا بد لجواز التفرق من العد كالوزن في الموزون قال ـــــ والتفرق في الثمن
قبل القبض جائز التفرق في الثمن قبل القبض جائز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون
حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عنهما لا بنيع الابل
بالبقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوز رسول الله عم ولان الملك
للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو عزة الانفساخ بالهلاك منتف لعدم تعينها بالتعيين اي في النقود

علاقة

بخلاف المبيع قال ـــــ ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة درهم ثم زاد عشرة
مثلا او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك
البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعها
اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كما بينا ثم بعد الحط ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل و
الزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بها واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلحقان باصل
العقد عندنا وعند زفر وان في الاستحقاق على اعتبار الالحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الجهة ابتداء ولا يتم
الى التسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يغير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع
بالعقد بالمسمى ثمنا فاعتبار الزيادة في الثمن يكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز وفي الحط الثمن
كما مقابلة الكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار ابتداء ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا
العقد اخراجا من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسرا والرابح وعدلا والزيادة في الثمن يجعل
الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التغيير
بدفع اصل العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التفرق في صفة الشيء اهون
من التفرق في اصله فصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما خيار الشرط فاسقطه او شرطاه بعد العقد فصح
الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلحق باصل العقد لان الزيادة في الثمن لا وصف له ووصف الشيء يقوم بالشيء
لا بنفسه فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك
اعتبارا للكل بالبعض اجاب المصنف بالفرق بقوله بخلاف حط البعض صحيحا لكون الكل لانه يتبدل باصله لا تغيير
بوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود
ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد لانه اما ان يبقى بلا حال لعدم الثمن حينئذ وقد علمنا انه لم يقصد
ذلك او يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم من عدم
الالتحاق لمانع عدم الالحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة وعلى الباقي في الحط فان البائع اذا حط
بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال لآخر ولنيك هذا الشيء وقع عند التولية على ما بقي من الثمن بعد الحط
فكان الحط بعد العقد ملحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة
ونظير حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع بما بقي في الحط قوله وانما كان للشفيع جلب سواء المشتري
والتقريب ولو كانت الزيادة ملحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد
وتقرير الجلب ان كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة
ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير باختيارهما وهذا كما اذا كان المبيع قائما واما بعد هلاكه قلنا
يصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون
في موجود والشيء يثبت لم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابلها فلا يستند بخلاف الحط فانه بحال عكس

اخراجا لبدل عما بقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم بدلا ما بقابله فيثبت الحط في الحال وبالحق بالعقد
استنادا او روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه تفسد زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ووجهه انه يجعل العقد
عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان
العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك وابقائه بطريق التجارة فاما يكون
لابقاء العقد في حقه فائدة فاما فيما وراء ذلك ففيه فائدة فيبقى والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة
الثمن وهو قائم ويتعذر لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن قال ومن
باع بثمن حال ثم اجل اجلا معلوما اذا باع شيئا بثمن حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا
فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وقال الشافعي الاجل دين فلا يثبت مجانا ولنا
ان الثمن حقه فجاز ان يتعرف فيه بالتاجيل فيقابل عليه والتاجيل اثبات براءة موقتة الى حلول الاجل وهو
يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة الموقتة اولى وان كان الثاني فلا يخلو اما
ان يكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كانت الاولى كما اذا اجله الى هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز
وان كان الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل يشترط في عقد المعاوضة فتقع الجهالة اليسيرة
تحملا في البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه
صار مؤجلا كل دين حال تاجيل صاحبه يصير مؤجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تاجيله وهذا لان
القرض في الابتداء صلة واعانة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من
لا يملك التبرع كالوصي والعبد ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار
الابتداء لا يصح اذ لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه
يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة
على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم وتقرض عما اذا اقرض بان يقرض رجلا الف درهم
فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجب لازم حيث يلزم من المدة ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب
بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونها وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في
الوصية ما لا يلزم في غيرها الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت
الوصية فكذلك يلزم التاجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا
للموصي والله اعلم

باب الربوا

لما فرغ من ذكر ابواب
البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع بيوع نهى الشارع
عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من
بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيد المحمدون الاقتصاد
شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بيان ما يجوز وما يحرم وليس الزهد الا اجتناب
من الحرام والرغبة في الحلال والربوا في اللغة هو الزيادة من ربا المال اي زاد وتنسب فيقال ربوتي بكسر الراء

وهذا

وهذه الاشياء الربوية وفتح الراء خطاء كذا في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط
في البيع قال الربوا في كل مكيلا او موزونا اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل
ما يكال او يوزن اذا بيع بمكيل او موزون من جنسه فالمعتبر الجامع للمماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن
مع الجنس قال المص ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول
الآخر والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله عم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد
والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المنهاج
وهذا على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضوان
الله عليهم اجمعين ويروى بدا بيد بالرفع مثلا بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع الحنطة
حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثلا خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر والمراد
بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روي كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن
فتعين المراد بما يدخل تحت الكيل والوزن لانما يطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حنطة من
حنطة عينة منها لا يجوز لعدم التقدم مع صدق الاسم عليه ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة
والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها سواء لما ان رسول الله فسر بعضه
بعضا فان قيل تقديره بيعوا يوجب البيع وهو مباح اجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة
كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت وتكرر الكون على صفة الشهداء اذا مات
كذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا حين يفترقا وعند
الشافعي قبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث التحريم عندنا وعنده فضل لا يحرم
على الآخر حرام والحكم معلل باجماع القياسيين احترازا عن قول داود من المتاخرين وعثمان البتي
من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلل لكن العلة عندنا ما ذكرناه
من القدر والجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة
عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها اثر في تحريم النساء
فلو اسلم هروي في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجوب احد وصفي العلة وسيأتي والمساواة
تخلص بتخلص بها عن الحرمة لانه اداء الشارع نص على شرطية التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا
بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النصب وفي رواية الرفع بدا مبتدأ على النصب
الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكذلك اي كذلك الشرطية يعتبر بالقدر والجنس كالشهادة
في النكاح فاذا كان عند بذا خطيرا بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات
لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر في الجنسية في ذلك
اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل ان العلة انما تعرف بالتاثير والطعم والثمنية اثر عند
كما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة لا تكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم يدور مع

الشط وجدًا والاجريا ولنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه
حال بمعنى مماثلا والاحوال شروط فوجب المماثلة وهو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلثة
لتحقق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص
من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه اوصيانة لاموال الناس عن التوى لان احد البدلين اذا كان
انقص من الآخر كان التبادل مضيعا لفضل ما فيه الفضل او تعميما للفائدة باتصال التسليم به اي
بالتماثل يعني ان في التقدير كونها لا يتعينان بالتعيين شرط المماثلة فيما بعد مماثلة كل منهما
للآخر لتتم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان
وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا بيان المماثلة من حيث القبض قال الاول ان يقال لو لم يكن
احد العوضين مماثلا للآخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق
احد المتعاقدين وضررا في حق الآخر واذا كان مثلا للآخر يكون نفعا في حقهما فتكون الفائدة اتم بعد
القبض لكونه نفعا في حقهما جميعا ولنا ان نقول هذه الاوجه الثلثة المذكورة لاشتراط التماثل مما
يجب تحققه في سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم
الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول والحديث ان موجبها في الربوا
هو النص والوجوه المذكورة حكمة لا علة لتصور التخلف واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته
حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولنا ان نقول بقاء المماثلة حرمة الربوا عند فوات
شرط الحلول ان لم تتحد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن
ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لعينه وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت
الحرام لغيره وقد قررناه في تقرير على وجه اتم فليطلب منه قوله والمماثلة بين الشيئين بيان
علة القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى
وهو واضح والمعيار يستوي الذات اي الصورة والجنسية يستوي المعنى فان كيلا من بر يساوي
كيلا من ذرة من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان
صورة لا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات و
علل تحققها بالقدر والجنس فلان ذلك تعليل لاثبات الشرط وذلك بالمنع والجواب ان التعليل
للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو
اختيار الامام المحقق فخر الاسلام صاحب المبسوط وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب
المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثباته في غيرها تعدية فكان جائزا فاذا ثبت وجوب
المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المتحقق
لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه اي في العقد قوله ولا يعتبر الوصف
يجوز ان يكون جوابا لسؤال تقريره ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقريره الجواب

وكذا

ولا يعتبر الوصف لانه لا يعتد تفاوتا عرفا فاذا استويا في الذات صورة ومعنى تساويا في المالية
والفضل من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الا من باب اليسير
وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف او لان فيه سد باب البياعات لان
الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه والمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات
لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات او لقلة عدم جيدها ورديها سواء
قوله واللحم والتمنية جوابا عن جعل اللحم والتمنية علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما تختلفان
خلافا لما اضيفا اليهما لانهما لما كانا من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الاطلاق لشدة الحاجة دون
التضييق الا يرى ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف يؤثر في حرمة
المباح بل سنة الله جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغير ذلك
وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة والتساوي لوجود المقدر فلا تكون
المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل
او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة
المعهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في المعيار كما مر في المروي وان تفاضلا لم يجز
لتحقق الربو بانتفاء الشرط والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا متماثلا وا
ويجوز بيع الحنطة بالحنطتين اي وقياسه يبنى على الاصل المذكور جواز بيع الحنطة بالحنطتين والتفاضل
بالتفاضل حتى لان عدم الجواز يتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة بالكيل والكيل في الحنطة
والحنطتين فتنتفي المماثلة فيتحقق الفضل وسيتضح ذلك بقوله ولهذا اي ولان الحنطة والحنطتين
لما لم يدخلا تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف لا مثلها فلو تبين مكيلة او موزونة
لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات لها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي لا يجوز
لان علة الحرمة هو الطعم وقد وجدت والمحل المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حنطة
بحنطة وتفاضلهما بتفاضلهما لوجود الطعم وعدم المساوي وما دون نصف صاع فهو في حكم الحنطة فلو باع
قفيز حنطة من الحنطة ليست حنطات منا وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه
لا تقدير في الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه
فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا بغير ملعوم بجنسه متفاضلا
كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال
واذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما
دون الآخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة وتحقيقه
ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بعدم العلة التي هي القدر
والجنس فيظهر عند عدمهما لان العدم يثبت شيئا واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء

مثلان تيمم هروياً في هروي او حنطة في شعير لحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما حتى لو باع
عبداً بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية
وعدمها لا تثبت الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع
الهروي بالهروي والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر وعدم تحريم
النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد
والرصاص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس
وانما في صورة القدر فقد يوجد فانه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان
كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التفاضل شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال
المص من ان مال الربا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك
والشبهة اذا انفصلت عن الحقيقة عما جرى الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة
وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما يجري فيه
ربوا النسيئة مال الربا من وجه نظرا الى القدر بجمعها كان في الحنطة مع الشعير او الجنس كالهروي مع الهروي
واذا كان احدهما نقدا والآخر نسيئة فكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة الا بهما
فكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا في المالية
فيتحقق شبهة الربا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربا مانعة كالحقيقة وقد بحث من
وجهين احدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون النقدية اوجبت فضلا
شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة من المعتبرة دفعا للتناول عنها والثاني ان يكون شبهة الربا كا
لحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن
فيه يجب ان يكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى المحل والثانية في الحكم
وثمة شبهة اخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن
الثاني ان القسمة غير جامعة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا لكن الحقيقة مانعة
في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المص لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي
تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبي عم
جهز جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل الشافعي وبما روي ابو داود في السنن عن النبي عم نهى
عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال التأويلات متمنعان
عن ذلك فان قيل اجماع الصحابة رض عن عدم حرمة النساء فلا يصلح الاستدلال به اولى من المذكور
في الكتاب فالجواب ان المتمم ان سلم الاجماع فلا ان يقول انهم اجمعوا على حرمة النساء في كل
العلة لا في شبهتها وقوله الا انه اذا اسلم استثناء من قوله فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل
وحرم النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد

في الصفر

في الصفر واستثنى الزعفران ومحوه كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في منفعة
الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران يوزن بالاماء والنقود بالسبحات وهي مغربة
سنك تراز وتقدم عن الفراء ان السبن افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسبن
واما الثاني فلان الزعفران يتميز بالتعيين والنقود تتميز لا بالتعيين واما الثالث
فلانه لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه
عشرة دنانير مثلا وقبض البائع صح التصرف فيه قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه منوان
مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى
وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فينزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة فان الموزونية اذا اتفقا
كان التبع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة
الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يجز اجماعا عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان الخلاف في الوزن في
عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كان الوزن لم يجمعهما حقيقة وفي
عبارة المص تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الائمة بل نقول انهما
في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا حمل قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل
في صفة الوزن فان اعتبار زائد على ما ذكره شمس الائمة وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان
الشرع رخص في السلم والاصل في راس المال هو النقود فلو لم يجز لوجود احد الوصفين لانسد باب
السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فان الشرع الرخصة في التجديد وهذا ظاهر من الفرق
قال شمس الائمة ولكن هذا الكلام من يجوز تخصيص العلة ولسنا نقول به قال وكل شيء نص رسول
الله عم كل ما نص رسول الله عم على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والملح فهو مكيل ابدا
وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا لان
التصرف من العرف لكونه حجة على ما تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به
والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانه امر عادي لان الناس دلالة على جواز
الحكم فيما وقعت عليه لقوله عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف اعتبار العرف على
خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اربعة على الكيل والمكيل والوزن والموزون في ذلك الوقت
اما كان للعادة في وقت المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد بدلت فيجب ان يثبت الحكم
على وفق ذلك فعلى هذا لو باع حنطة بحنطة متساويا وزنا او ذهبا بجنسه متماثلا كيلا جاز
عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوه لتوهم الفضل على ما هو المعتاد
فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود الاسلام
في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه اذ المعتبر هو الاعلام عدوه نفي المنازعة في التسليم وذلك كما
يحصل بالمكيل يحصل بذكر الوزن وما ذكر في التحفة انه ذكر في المجرد عن اصحابنا انه لا يجوز فلان في السلم

روايتان قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف من والاواقي جمع اوقية
كالثاني والثانية قيل هي على وزن سبعة مثاقيل ولا كسر في الصحاح وانه اربعون درهما والظاهر انها تختلف بالزمان
والمكان وكل ما يباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بجزء الوزن اذ تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا
يختص ما يباع بالاواقي وزنا بخلاف ساير المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان ساير المكاييل لم تقدر
بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم
التفاوت في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لانه اذا عرف
وزنه جاز قال المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال بديه الاذهان
وجزها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق علم وزن الدهن بالاناء والسمن في كل وقت
لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل في ذلك بنسبة فعرفنا ان كيل الرطل
موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن قال وعند الصرف ما وقع على
جنس الاثمان عند الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر
خبر ثان لقوله عند الصرف ومعنى يعتبر يجب لقوله عم الفضة بالفضة هاء وهاء معناه هديا بيد
وقد تقدم دلالته على الوجوب وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول
لصاحبه هاء فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جريا الى افادة معنى التعيين كما بينت وما سوى جنس الاثمان
من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي في بيع الطعام اي في كل مطعوم سواء
بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير او غيره فانه اذا افترقا لا عن
قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف يدا بيد
والمراد به القبض لان القبض مستلزم لكونه آلة فهي كناية وبانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض
والتقدم مزية فيثبت شبهة الربوا كالحالة والمؤجل ولنا ان ما سواه مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين
وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا لان عدم اشتراط القبض فيما
يتعين لكون الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج الى القبض
وان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله بخلاف الصرف فان القبض فيه ليتعين
يد فان النقود لا يتعين في العقود قوله وعن قوله عم جريا على عادته الحكم بالحديث فانه اذا كان
عينا بعينا لم يبق دليلا له على القبض والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت وهو عينا بعين
ووجه الدلالة ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب اما
عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما على الآخر
قوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض لانه آلة كما تقدم وان يكون التعيين لانه انما يكون بالاشارة
باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على المحكم ولا يقال لزمكم العمل بعموم المجاز
او الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا بيد بمعنى القبض والتقابض وبمعنى التعيين في بيع الطعام لان قوله

جعلناه

جعلناه في الصرف بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو في معنى التعيين في الحقيقة لكن تعيين
كل شيء بحسبه وقد فقد بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في الاناء ذهب بيعا بالاناء شهد بيدا بيد
تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط واجيب بانه وان تعين لكنه
لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها و
اعترض بان ما ذكرتم انما هو على مذهبكم في ان الاثمان لا تتعين واما الثمن في فلس بقابله فلا يكون
ملزما واجيب ان ذكره بطريق المبادرة هنا للتنبيه بالدلالة الملازمة على ما عرف في موضعه وقوله وتقابض
القبض جزء لبعض قوله ولانه اذا لم يقبض في المجلس وجه ان المانع تعاقب بعد تفاوتا في المالية عرفا كما في
النقد والمؤجل وما ذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفعلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره جدا ان يكون
حالا مقبوضا قال ويجوز بيع الفضة بالفضتين بيع الربوي المتفاوت بجنسه متفاضلا جائز
ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان احدهما منسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النسا وان
قابل الجودة والبيض والتمر جملة اشيا لا تخمن المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين
اجيب بان التمايز في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بينهما في حقوم وهو ضمان
العدوان واما الربوا فيعتبر المتفاوت فلا يعرفه اصطلاحهم فيعتبر الحقيقة وهي متفاوتة صغرا وكبرا وخالف
الثمن فيه لدخول اللحم على جامه قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا
على اوجه بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما وبيع فلس بغير عينه
بفلسين باعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع اما الاول فلان الفلوس
الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا
عن العوض فيكون ربوا في العقد وهو الربوا واما الثاني فلانه لو جاز امسك البائع الفلس المعين وطلب
الآخر فهو فضل خال عن العوض واما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد اليه احدهما كان ما
استوجبه في ذمته فيبقى الآخر بلا عوض واما الوجه الرابع فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف وقال محمد رحمهم الله
لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاح هما لعدم
ولايتهما على غيرهما فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كان بغير اعيانهما فصار
كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين ان الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت
بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة ولهما
ان الثمنية في حقهما ثبت باصطلاح هما اذ لا فرق لاية لغيرهما عليهما وما ثبت باصطلاح هما في حقهما يبطل
باصطلاح هما كذلك واعترض عليه بانها اذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان
لا تكون عروضا ايضا باصطلاح هما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواء واجيب بان الاصل في الفلوس
ان تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز ان تكون ثمنا باصطلاحهما
لو فرع على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونها عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان

لان من سواهما متفقين على الثمنية وفيه نظر لانه بناء قوله ان الثمنية في حقهما ثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية
للغير عليهما ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما بشرط ان يكون من سواهما متفقين
على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلغوا هاهنا وصار بيعهما بالنقدين فان قيل اذا عادت عرضا عادت وزنية
وكان بيع فلس بفلسين بيع قلعة صغيرة بقلعتين وذلك لا يجوز اجاب المص رح بقوله ولا يعود وزنيا
لانها بالاقدام على هذا العقد وقابلها الواحد بالاثنين اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العقد حيث لم يرجعا
الى الوزن ولم يكن العقد ملزوم الثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدوما او كالمعدوم على بقاء الاصطلاح في حق العقد
بقوله اذ في نقض بيع الاصطلاح في حق العقد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الختم ولدفع الى ذلك فالاصل
عدم على الصحة لان له ان يقول حمل العقد عليها مطلقا او في غير الربويات والاصل ممنوع وانه لا يفيد قوله فصار
كالجوزة بالجوزتين بيان لانفكاك الحرمة عن الثمنية وقوله بخلاف ما لو انتقض جدبر عن قوله كبيع الدرهم
بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا يبطل باصطلاحهما وقوله وبخلاف جوازه عما لو كانا
بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كاليا بالي اي نسيئة بنسيئة وهي منهي عنه وقوله وعلى ما اذا كان احدهما
بغير عينه جدبر عن القسمين الباقيين لكن عدم الجواز منه باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء قال
ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا
لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانها اجزاء الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لا يؤثر الا في تفريق
الاجزاء والمجمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر زايلا من وجه لكن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني
كما بين الحنطة والشعير قد زال الاسم وهو ظاهر وتبدل الصورة واختلفت المعاني فان ما ينتفع من الحنطة
لا ينتفع من الدقيق فانها مقصود لاتخاذ الكشك والحريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربوا الفضل
بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبضرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فدفع الشك
لا زواله والبقية لا يزول بالشك فان قيل لا يخلو اما ان يكون الدقيق حنطة او لا والاول يوجب الجواز
متساويا ومتفاضلا لا محالة والثاني يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة
انما تكون بالكيل والكيل غير مستقيم فيهما وبين الحنطة لاكتنازها فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة
في احتمال الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قبل حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة في الاصل
وعلى ما ذكرتم في هذا النوع ثبت حرمة لا تتناهى فصار مثل الحمار الذي على ما عرف واجيب بان
حرمة الربوا تتناهى المساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة
والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها
وفيما نحن فيه لا يتحقق فيجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المنتهى
ومتفاضلا وكيلا بكيل قبل حالان متداخلان لكن العامل في اقل ينبغي وفي الثاني متساويا ويجوز ان
يكون متداخلين وفائدة ذكر الثانية توهم جواز المساواة وزنا حكى عن الشيخ الامام ابي بكر
محمد بن الفضل يجوز ان بيع الدقيق بالدقيق اذا متساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكيلين والا يجوز

بيع

بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رح متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مقلية
والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعض بالاخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع
اجزاء بعض باجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق
اتخاذ الخبيص والعصايد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يأكل بالشمر او العسل
او يشرب بالماء وكذلك الاسم وكذا اذا اختلف الجنس بنفسه كيف شئتم بعد ان يكون يدا
بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية
والعلكة بالمسوسة التي اكلها التسوس المقلية هي المشوية من قلي يقلي اذا شوى ويجوز مقلوة من
قلاه يقلوه والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها بتمدد من غير انقطاع والتسوسة العفنة
وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام وضد حنطة مسوسة بكسر الواو والمشتري قال
ويجوز بيع اللحم بالحيوان على وجه منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة
مثلا وهو جايز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة لما في اللحمان المختلفة على ما بينهما ومنها
ما اذا باعه بحيوان من جنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة منفصلة عن
السقط وهو جايز بالاتفاق ان كان متساويين في الوزن والا فلا ومنها ما اذا باعه بجنسه
مذبوحا غير منفصل عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المقصود اكثر وهو ايضا بالاتفاق
ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وغير
جايز عند محمد الا اذا كان اللحم المقرر اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط
اذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والعباس
معه لوجود الجنسية باعتبار رجحان الغنم فصار كالحمار الشبيه بالسمع ولهما انه باع الموزون بما ليس
بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة مقداره وحقه بالوزن
لانه يخفق نفسه مرة ويثقل اخرى فيجب فوقه فيه فلا يدري ان الشاة خفقت نفسها او ثقلت
عليه في مسئلة الحمار بالسمع لان الوزن في الحمار يعرف قدر الدهن اذا امتزج به وبين التجبير والوزن التجبير
وهو وقفه وهذا في الحقيقة جدل بمعنى قال ان السمع لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن
وكذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحمار والسمع عند التمييز بين الدهن والتجبير
ولا يشمل اللحم والحيوان وهذا لان الحمار والسمع يوزن ثم يميز التجبير ويوزن فيعرف قدر الحمار من السمع
والحيوان لا يوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش
والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون وفي ذلك اختلاف
الجنسين ايضا فان اللحم جنس حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جايز متفاضلا بعد
ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اتحدت الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وهذا ليس كذلك
اجيب بان النسيئة اذا كانت في الشاة الحية مرسلة في الحيوان وان كان في البدل الاخر فهو سلم في اللحم

فهو لا يجوز قال ـــــ ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا
عند جوزه ابو حنيفة خاصة وقالا لا يجوز لقوله عم في حديث سعد بن ابي وقاص حين سئل عن بيع الرطب
بالتمر وقال اينقص اذا جف فقيل نعم لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف وفيه اشارة الى
اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وبالكيل والحال لا يعلم ذلك وقوله فقال عم هو الدليل
ولابي حنيفة المنقول والمعقول اما الاول فلانه عم سمى الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال اوكل تمر خيبر
هكذا وبيع التمر عنده جائز لما روينا من الحديث المشهور واما المعقول فما روي ان ابا حنيفة لما دخل بغداد
سئل عن هذه المسئلة وكانوا شددوا عليه لما لقنه الخصم فخرج بان الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او لا
فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعني قوله التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلفت النوعان
فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة
واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوة الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور واعترض بان
التراد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا
يكون فيجوز باخره فمن هنا لا ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا
من اطلاق اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى ان تدرك
والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة قوله فيجوز شرط الحديث قلنا انما جاز
ان لا تثبت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لما قلنا ان الفعل صنعة يتم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا
بقفيزين وارهم لا يقال ـــــ ذلك راجع الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت
الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتبار بين النقد والنسيئة
وكذا تفاوت يبتنى على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق وكذا تفاوت حلتي فهو
ساقط الجودة كما في الرطب والتمر والجيد والردي والعيب بالذنب على هذا الخلاف بالوجه المذكور والعلة
عبرنا بالخلاف دون الاختلاف اشارة الى انه دليل يوجبه وقيد لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة
المقلية بغيرها وهذه الرواية تقوي قول من قال الحجة انما تتم بالاطلاق اسم التمر عليه فان النصا ورد بالا
طلاق التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا بجواز البيع مثلا بمثل ولم يرد بالاطلاق اسم العنب على الزبيب
فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا ايضا
حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي لانه ربوي يتفاوت في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة
بالدقيق وكذا انه بيع التمر بالتمر متساويا فان جائز وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة
او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة او التمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع
بالمنقع من انقع اذا القي في الخابية ليبتل ويخرج منه الخلاف جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهما الله
لا يجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو حال الجفاف وحجة حديث سعد والاصل
يعتبرها في الحال عملا بالاطلاق المشهور وكذلك ابو يوسف لانه ترك هذا الاصل في بيع الحنطة الرطب

بالتمر

بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة
والمبلولة وابي آخرها وبين بيع الرطب حيث اعتبر المساواة في اعدل الاحوال وفي الحال ووجه ذلك ما ذكره
في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه فهو
مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد
اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون مغيرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد
وارد على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه نحو الذات المشار اليها وهو
لا يتبدل قال ـــــ ولو باع البسر ببسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم
لثمرة النخل من اول ما ينعقد صورته وبيعه متساويا من الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى
بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم الطلع سمي لانه يستر ما في جوفه بالتمر جائز متساويا
ومتفاضلا لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة قوله والكفرى عدد متفاوت فيه معنى
جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز والتقرير الجواب انه عدد متفاوت
بالا لصغر والكبر ويتفاوت احاده في المالية فلا يجوز السلام فيه للجهالة قال ـــــ ولا يجوز بيع
الزيتون بالزيت الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض وقال الشافعي قبل
يتخذ شيرج وهو غريب شرعا والمراد به هنا ما يتخذ من السمسم اعلم ان المجانسة بين الشيئين تكون
تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الثمن ولا يعتبر الجامع وجوه الاتحاد ولهذا جاز بيع قفيز
حنطة بقفيزين منسوبة من غير اعتبار ما في الثمن واذا لم يوجد الاتحاد يعتبر الجامع ولهذا لم يجز بيع
الحنطة بالدقيق والزيت بالزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالآخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية
ما يستخرج من الزيتون اولا والاول لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب والاول اما
ان يكون المنفصل اكثر او لا والاول لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثاني ان نقص المنفصل من
المستخرج من الزيت والشيرج وحده ان ساواه على تقدير ان يكون الشيرج ذا قيمة واما اذا لم يكن
كما في الزيت بعد اخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثلا ما في الزيت من السمن فانه يجوز وهو المروي
عن ابي حنيفة والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن
بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار وقال الشافعي لا يجوز بيع السمسم مثلا بشيرجه
والشيرج قائم لان الشيرج مجموع منظور اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم
مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا عرفا
لكل واحد من الدهن والشيرج الخلاف جنسه كما اذا باع كرحنطة وكر شعير بثلثة اكرار حنطة وكر
شعير او يكون احدهما اما الدهن او الشيرج منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب
ان لا يبقى بالشيرج شيء من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث
هو الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله عرفا لكل واحد من الدهن والشيرج

الخلاف جنس قلنا ذاك اذا كانا منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ
والدهن والخبز ليسا كذلك واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا فقيل لا يجوز لان القطن
ينقص بالغزل لهو نظير الحنطة بالدقيق وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا من الوزن
او خرج احدهما من الوزن لا باس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضيخان وبيع الغزل بالثوب جائز
والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالاجماع وهذا يخالف ما روي عن محمد ان بيع القطن بالثوب لا
لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا قال ويجوز بيع اللحمان كلها بالكل به نصاب
الآخر من الحيوان في الركوة لا يوصف باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب والمعز والضان
فلا يجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبقر
الغنم والابل لا يجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الالبان وعن الشافعي رحمه الله ان المنصوص من
اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف
الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى
العام كاللحم في المطعومات والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور وان بيع
لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني ولا
كيلي فلم يتناوله النص الشرعي وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا قوله اذا لم يتبدل بالصنعة
قيل مراده ان اتحاد الاصل يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم تتبدل الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت
الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا كالحروث والمروي وفيه نظر لان كلامنا في اختلاف
الاصل لا في اتحادها فانه يفيد اختلاف الاصل يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة اما اذا
تبدلت فلا يوجبه وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالحروث
مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادها مع اختلاف الاصل كالدراهم المنقوشة
المختلفة النقش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة فانها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف
الاصل قال وكذا خل الدقل بخل العنب الدقل هو ردي التمر وبيع خل بخل العنب متفاضلا
جائز يدا بيد وكذا حكم سائر التمور لما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مخرج العادة
وانما جاز التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيرهما يعني الدقل والعنب جنسين بالاجماع
وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فيجوز بيع احدهما بالآخر متفاضلا وهذا يشير
الى ان اختلاف المنصوص كالتبدل بالصنعة في تغير الاجزاء مع اتحاد الاصل فان المنصوص هو المقصود
فاختلافه يوجب التغير واختلاف المقصود فيما ظاهر فان الشعر يتخذ منه الجبائر الضيقة والمشانق
والقطن يتخذ منه الثلوج والفافة لا يقال لو اختلف الجنس باختلاف المنصوص لما جاز بيع
لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المنصوص منهما واحد وكان الجنس متحدا لانا لا نسلم ذلك فان لبن
البقر قد يخرج حين لا يخرج لبن الغنم فلا يتحد القصد اليهما فالاولى ان يقال قلنا اختلاف المنصوص

قد يوجب

قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الاصل ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف
الاصل والاصلان يوجب اختلاف الاصل اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وان
يوجب اتحاد الاصل اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المنصوص بالفروع ولم يظهر عليه نقض
ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويستلزم ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر الى
الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المنصوص جنسان فينبغي ان لا يجوز التفاضل فيهما في البيع ترجيحا لجانب
الحرمة لان المنصوص راجح قال وكذا لحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فظاهر الصورة ما يحاذيه في الذهن عند
تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء واما اختلاف المعاني فلانه ما يتولد منه عند الحلاق
التغذي وهما مختلفان لا محالة واما اختلاف المنافع فلما في الطب قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة
بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونها نقدين او حال كون احدهما نقدا والآخر نسيئة
فان كان الاول جاز لانه صار مبيعا بما هو موزون فخرج عن كونه مكيلا في كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف
الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وذكر في الجامع ان الاخير فيه اثر والا يجوز والتركيب للمبالغة
في النهي لانه نكرة في سياق النفي فيعم نفي جميع جهات الجواز وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون الحنطة في
الدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا في مكيل عكس ضبط صفته ومعرفة مقداره
وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف لانه اسلم موزون في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي يوسف وان كان
على قول ابي يوسف وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي يوسف وان كان
التنور على ذلك لحاجة الناس لكثرة ان يحتاط وقت التنور حتى ينفخ من الخبز الذي سبق لئلا يصير
مستبدلا بالمسلم فيه قبل القبض والخبز في استقراضه عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من
حيث الخبز والعرض والغلظ والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا ينجي
خبزه جيدا او عتيقا فيكون غلافه وبالتقدم والتأخر فانه في اول التنور لا ينجي مثل آخره وهذا هو
المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد يجوز استقراضه عددا او وزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل
وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده قال ولا ربا بين المولى وعبده
لا ربا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه
فلا يتحقق الربا فعدم تحقق الربا بعد وجود البيع يحققه في دار الاسلام مشتملا على شرائط
الربا دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين تحقق الربا لان ما في يده ليس بملك لمولاه
عند ابي حنيفة وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربا
كما يتحقق بين المكاتب ومولاه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب لا ربا بين
المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لمحمد وان في رحمهما الله الاعتبار
بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهما بدرهم لا يجوز

فكذا اذا دخل المسلم بارض الحرب وفعل ذلك للجزية يجامع تحقق الفصل الخالي عن العوض المستحق
بعقد البيع والاجارة وبمحمد ما روى عن ابي يوسف انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب
ذكره محمد بن الحسن ولان حال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستأمن انما
منع من اخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بدل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي خطر
لاجله قوله بخلاف المستأمن جواب عن قياسهما وتقديره ان المستأمن منهم في دارنا لاجل الاحد
اخذ ماله لانه صار مخصوصا بعقد الامان ولهذا لا يجوز تناوله بعد انقضاء المدة والله اعلم

باب الحقوق

قد كان من حق مسائل هذا الباب ان
يذكر الفصل المتصل بالكتاب البيوع الا ان الحصر التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب فيما هو من مسائله
وهنا كان هكذا وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع قال ومن
اشترى منزلا فوقه منزل ذكر للشارح اسماء المنزل والبيت والدار وقدم لينبني ما يترتب على كل
اسم منها من الاحكام الى تعرف ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه قال الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت
اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع حرب قصور استعماله
على منزل الدولب واذا عرف هذا فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى في العقد الا ان
يشترط ويصرح بذكر احدى هذه العبارات الثلث مثل ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل
قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلث لم يدخل
الاعلى ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف وهذا لان
الدار لما كان اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه
دخل فيه والبيت لما بيات فيه والعلو مظنة فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره والا لكان الشيء تابعا
لمثله وهو لا يجوز ولا يتمسك بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل والمطالب فان له
ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت
الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول الافراد اذ فرض المسئلة في علوم ولا من لوازمه وليس في الاعارة
والكتابة ذلك فان لفظ المعير اعم لانه لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصالة
وانما ملك الاعارة لانها تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف
باختلاف المستعمل حذرا عن وقوع التغرير به والمكاتب لما اختص بكاسبه كان احق بتصرف ما يدخل
في مقصوده وفي كتابة عبد شيب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة واما المنزل فلما كان
شبيها بكل منهما اخذ خلافا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه
بالبيت لا يدخل بدونه والبلد في عرف يدخل العلو في جميع ذلك اما الدار والبيت والمنزل لا يحتمل
بيت بنتي خانه ولا يخلو عن علو وفيه نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدلالة وقيل معناه
ان البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وانه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم

الدخول

الدخول متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه من توابعه
ولا يدخل الظلة وهي السابات التي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار اخرى
او على الاسطوانات في السكة ومفتحه في الدار كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وفي المغرب وقد الفقهاء
ظلة الدار بين النسدة التي فوق الباب الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند ابي حنيفة
لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا
يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله وان كان مفتحه في الدار فيفتح بقرينة
ما في خانه للظلة لانه جعل المفتح في الدار قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا او من
اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدى العبارات المذكورة وكذلك
الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاطلاق فلا بد من ذكر التوابع اي بقوله
كل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار
الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا يصح فيما لا ينتفع به في
الحال كالارض السبخة والنهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل
لا يتحقق اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلا للمقابل الذي المطلوب منه
واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به في الحال كالارض السبخة والنهر وما لا
ينتفع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووجد العنب
كلها واحدا وتناول المذكور وقد يستأجرها ايضا وقد تكون مقصودة التجارة فيبيعه من غيره فحصلت
الفائدة المطلوبة والله اعلم

باب الاستحقاق

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق لمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى قال ومن اشترى جارية فولدت
عنده ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلادها فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان
اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ما ذكره ان البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا
اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملك من
الاصل والولد كان متصلا بها وينفرد عنها وهي مملوكة فكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لا تعدو الولاية
على الغير بثبت الملك في المحتجة ضرورة صحة الاخبار الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت
بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق
من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له بعتق
اذا لم يدع المقر له الولد اما اذا ادعى الولد كان له لان الولد الظاهر له كذا في النهاية نقلا عن الزيادات
ثم اذا قضي بالام للمستحق بالبينة هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا قيل لتبعيته لها وقيل
يشترط القضاء بالولد على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم
له قيل وهو الاصح لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد اذا قضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم يدخل الزوائد

اذا كان في يد رجل غايب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد قال ومن اشترى عبدا
فاذا هو حر رجل قال لاخر اشترى فاتى عبدا فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البايع
حاضرا او غايبا غيبة معروفة واما ان يكون غايبا غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان كان
الاول فليس على العبد شيء وان كان الثاني يرجع المشتري على العبد والعبد على البايع وان لم يقل اشترى
او قال ذلك ولم يقل اتى عبدا ليس على العبد شيء في قولهم وان قال ارتهن فاتى عبدا فوجده حرا لم يرجع
المرتهن على العبد بحال ارسواء كان الراهن حاضرا او غايبا اية غيبة كانت وقال محمد انه
يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد انما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة
وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال
ارتهن فاتى عبدا وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري اعتمد في شرائه على امر يقول اشترني واقراره
بالعبودية يقول عبد فاتى عبدا اذا تعاقدا في الحرية فجنى اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك
والمعتمد على الشيء بامر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض
جعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الامكان كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت
في التجارة فابعوه والحقيقة ظاهرة انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا
غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل للضمان فيجعل منا للثمن عند تعذر رجوعه
على البايع دفعا للضرر ولا تعذر الا بهلاكه قوله والبيع عقد معاوضة انما خرج به مع كونه
معلوما من قوله ان المشتري يرجع في الثمن عند الهلاك عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبه
الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سئل عن امر الطريق وقال اسلك
هذا الطريق فانه امن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا امواله لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس
معاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكل فظهر خلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة
واذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه
ولهذا جاز الرهن بدين الصرف والسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة كان استبدالا
برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة لا يجعل الامر ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي
لانه لا معنى بقوله فلا تتحقق الغرور من جهته وفي وضع المسئلة ضرب اشكال على قطع الجسد وهو ان الدعوى
شرط في حرية العبد عندهما والتناقض يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاتى عبدا ما ان يدعي
الحرية اولا والاول تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد يقول فاذا العبد حر
يحتمل حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان اراد الاول فله وجهان احدهما ما قاله عامة المشايخ
ان الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الامة كالشهود في شهادتهم محتاجون
الى تعيين الامة في ذلك تحريما اخراجا ونباتها فانه اذا كان حر الاصل كان فرج الامة على
مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط في عتق الامة واذا لم يكن

الدعوى

الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا والثاني ما قاله بعض المشايخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية
الاصل ايضا عنده لكنه يعتبر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه
مغتفر كما نذكر وان اراد الثاني فله الوجه الذي وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبناء
على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلفة تقبل البينة على الطلقات
الثلث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لم يكن عالما عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلث
لان فيما دون الثلث يمكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبته المرأة ببينتها قبل يوم
او يومين وانما في الثلث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والكاتب
يستردان بدل الخلع والكتابة بعد ان قيمتهما البينة على ما ادعياه قال ومن ادعى حقا في دار
من ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي هو بيده على مائة درهم فاستحق الدار الا ذراعا منها لم يرجع
بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذه البقية وان ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء رجع
بحساب اذا العقد فيه غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم تسلم فتنقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء
المبدل وقالت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة
قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصلح لليمين
ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق
ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا
ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو بيع الفضولي والفضولي بضم الفاء لا غير والفضل الزيادة
وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من يبيع او يشتري
وفتح الفاء خطأ قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه
فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد في رواية وقال الشافعي
في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانه بالملك او باذن المالك وقد فقدا
وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تملك
وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تملك فلان التملك من قبيل اضافة العام الى الخاص
كعالم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تملك ولم يقل تملك لان التملك من غير المالك لا يتصور
فان قيل تصرف التملك شرعي لاجل التملك فالمراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التملك
كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما يذكر افاد حكما موقوفا
لان السبب الثابت ان دخل باشا او ان السبب انما يلغو اذا خلى عن الحكم فاما اذا تأخر فلا كما في البيع
بشرط الخيار واما صدوره من اهله فلان اهلية التصرف بالعقد والبلوغ والعقل والمحل فلان محل البيع هو
المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم الا ترى انه اذا باعه باذن المالك

جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا واما وجوب القول باعتقاده فلا لتراخي الحكم عند تحقق المقتضي لا يمتنع الا لمانع
والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير
بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكون مقرونة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلانه
صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع وان قيل
القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجدا اجاب عن ذلك منكرا ايقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان
العاقد باذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس منحصرا في الضرر بل عدم المالك
مانع شرعا لقوله عم لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك الا ترى ان بيع الابق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود
الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع
الثابت فلا انصراف له بعدم الشرع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في
ادب الوكالة قال حدثنا ابرهيم قال حدثنا محمد عن عبد الله الخياط قال حدثنا سفين عن حبيب
بن عروة قال اخبرنا الحسن عن عروة البارقي ان النبي عم اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى به
شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعى النبي عم لبيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا
لربح فيه لا يقال غروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشرى لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن
اثباته بغير نقل والمنقول انه عم امره ان يشتري له اضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل
هل يجوز لشرك الفضولي لبيعه او لا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العبد
لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتداء بعت هذا العبد لفلان
وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف وان قال اشتريت منك هذا العبد لاجل فلان فقال
المالك بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا
على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه
وشفاعته وغير ذلك فانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف
على رضا الغير والى هذا الوجه اشار المص بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك
الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني
الموصوف في الذمة عند واما ان يبيع بثمن عين فان كان الاول فللمالك الاجازة اذا كان المعقود عليه
باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز البيع لما ذكرنا ان الاجازة تصرف في العقد
فلا يتم من غير قيام ذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون
البايع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك امانة في يد الفضولي وان كان الثمن يحتاج الى قيام ثمنه اشياء
ما ذكرنا من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نفذ بان ينفذ البايع ما باع
ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له وعليه مثله المبيع ان
كان مثليا وقيمته ان لم يكن لان الثمن اذا كان عرضا صار البايع من وجه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا

على

على العاقد لا يتوقف على الاجازة وكما ان للمالك الفسخ فكذا للفضولي والمشتري لان حقوق العقد
يرجع الى الفضولي فله ان يجبر على التزام العهدة بخلاف الفضولي فانه وان فسخه قبل الاجازة بالهلاك
لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه منتهي فاذا اجاز فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخ المالك بكاحها
قبل الاجازة انفسخ ولو ملك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين اي فيما اذا كان الثمن دينا
او عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره واستشكل بما اذا تزوجت
امة لرجل فوطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة ورثها ابنه فان النكاح توقف على اجازة
الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث واجيب بان عدم
التوقف لهما بان الحق الثابت على الحق الموقوف لا يبطله وهنا لم يثبت للوارث حق بابت كونها موطوءة
الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قايم مقام المورث حتى لو لم يكن موطوءة الاب بطل نكاحها
ولو اجاز المالك في حيوة ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول ابي يوسف او لا
يصح قال محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان
الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو المتيقن رفعه
وهنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وهنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب
حجة دافعة لا مثبتة ونحن هنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح قيدا
حجة قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري فقد جرت المحاورة في هذه المسئلة بين
ابي يوسف ومحمد حتى عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف ما روي لك عن ابي حنيفة ان العتق جايز و
انما روي ان العتق باطل وقال محمد بل روي ان العتق جايز وصورتها ما ذكر في الكتاب ومن غصب
عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جايز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك هنا لان الموقوف
لا يفيد الملك في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه فلذلك غير صحيح للاعتاق
وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه وتوضيح المص يفرع عن تدشين ذلك
وهو قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك
وقوله ولا ان يعتق المشتري في الخيار للبايع وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا
لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك
البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني كذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا
من العتق الا ترى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم
ينفذ ما هو اسرع نفاذا فلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب
اذا اداء الغاصب الضمان ولهما ان الملك في بيعه موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا
على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق المصادف

لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو العذر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف
على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق
الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه
اعتاقا في ملك موقوف وهذا ابعد من الاول ذكره المص للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع
بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد
عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك
قال في النهاية وهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب
ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لما ان كلا من الجواز
وجواز العتق يحتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه عدم التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال
وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند بحكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق
الزوائد المتصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كما في ملك المكاتب وكسبه وههنا الثابت
للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام المص
مضاف اي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوى الكلامان على انه ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك
بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده وقوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع جواب عن
المسئلة الثانية فان البيع بالخيار لم يوجد فالسبب فيه غير ثابت فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد
نصا وقران الشرط بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد به اصل العقد ولكن يتوقف حقه الحكم
كالمعلق بالشرط والمعلق معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب عن الثالثة وتوجيه ما قال
لان بالاجازة يجعل للبائع ملك ثابت فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله لعدم تقرر اجتماع الملك
الثابت والموقوف على محل واحد وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان تنقلب
بيع الغاصب جائزا وان طرأ الملك الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتراه
منه وهو موقوف الثاني ان طرق الملك الثابت على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا من الموقوف
لان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك المالك ثابت فكان يجب
ان يمنع بيع الفضولي وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا
فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع الموقوف غير موجب لحق المالك بل موجب من الفضولي
والمنع انما يكون بعد الوجود واما المالك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك ثابت فابطل الموقوف
لما ذكرنا ان الملك الثابت والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود رفعا لا منعا
وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان لهما الملك الثابت يبطل الموقوف وليس ملك المالك
ثابتا حتى يتوجه السؤال وقوله اما اذا ادى الغاصب الضمان جواب عن المسئلة الرابعة وتقريره اما
اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لا ينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال

في كتاب

في كتاب الوقف فانه ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالدين اولى قال المص وهو الاصح ولئن سلم فنقول
هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا يستند للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن
يملكه من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز
كان مالكا حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد قال فاذا قطعت يد
العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب واخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش
للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه
ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت
العقد لكن الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فيتبين ان القلع مسلط على ملكه فيكون الارش له وعلى
هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان
ملكه بقي مستقرا فيها والكسب والارش والولد لا يملك الا بملك الاصل والاعتراض بما اذا غصب عبدا فقطعت
يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك
فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجازه التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية لها من جهة
التفويض كما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت مقرونا بما عرف وهو عدم دفع
يلحقه من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصلان كل تصرف موقوف
حكمه على شيء ان يجعله معلقا بالشرط لا سببا من وقت وجوده كيلا تخلف الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل
التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يجعل سببا من وقت وجوده متاخرا حكمه الى وقت الاجازة فعندها ثبت
الملك من وقت العقد والتفويض فيما نحن فيه لم يوجد من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه
وجد الآن فلا يثبت حكما الا من وقت الاجازة وهذا يكون الارش للمشتري حجة على محمد في عدم تجديد الاعتاق
في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون
له ذلك عند اداء الضمان والغدر اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف لاستحقاق الارش كالمكاتب
اذا قطعت يده واخذ الارش ثم تقرر فيتبين ان الارش للمولى وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار
للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري
فيما اذا كان الخيار للبائع على ما مر وموقوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بعلة
وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية وقيد بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك من وجه يكفي
لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة لا ينفذ عند محمد لان الصحيح للاعتاق
هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه وقوله على ما مر اشارة الى قوله والصحيح للاعتاق هو الملك
الكامل وهذا اقرب ويتعلق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر
نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل الضمان وهو ما كان بعد ابانة الثمن فما زاد على نصف الثمن
يكون ربحا ما لم يضمن وفيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت

من وجه دون وجه فلا يجب الرد الحاصل به وفي الثاني وان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون التبديل على
نفس الثمن اي ما لم يقبض لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض فعنده يثبت عدم
الملك لانه غير موجب حقيقة وقت القلع وانما يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون
وجه وهذا كما ترى يرد الوجهين في الكتاب على الاعتبارين قال ــــ فان باعه المشتري من آخر يعني
ان باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ان بالاجازة
يثبت للبايع ملك باتّ والملك البات اذا ظهر على ملك موقوف يبطله ويكون فيه عزل الانفساخ على اعتبار
عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسده قبل هذا المقابل شامل لبيع الغاصب من مثله وبيع الفضولي
ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان
عزل الانفساخ في بيعه لعارضة النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فيما نظر الى الغرور فيفسد وبالنظر الى النفع
وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف على ما بيناه الا ترى ــــ الغرور محرم فيرجع لان الحرمة والعقد اصل
فما رضتم على ان اعتبار الغرور مطلقا يستلزم اعتبار المزوك اجماعا وهو ان لا يصح بيعه اصلا لا استيمانا في المنقولات
بعد الانعقاد هلاك المبيع قبل القبض واما عزل الانفساخ فيما عن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشتري الاول
لم يملك حتى يجلب مشتريا آخر فيجيز البيع الثاني عرض لعزل الانفساخ فلم ينعقد بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة
وابي يوسف لانه لا يلزم فيه الغرور الا ترى ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لعزل الانفساخ والاعتاق قبل
القبض يصح قال ــــ فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ابدا فان لم يبعه المشتري من الغاصب
فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع ابدا بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام
المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب الملك المشتري بالقتل فلا يعتد بما بقيا بيقاء البدل لانه
لا ملك للمشتري عند القتل مكان البدل لكن ملكه ملك موقوف وهو البيع ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع
الصحيح فانه اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فيمكن ايجاب البدل لكون المبيع قائما
بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل كان البدل للمشتري قال ــــ ومن باع عبد
غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري ادع البيع لانك تعتق بغير امر صاحبه فجاز البايع ذلك
فاقام المشتري البينة ان رب العبد والبايع اقر انه لم يامر البايع ببيعه لا تقبل بينته لانها تبتني على صحة الدعوى
فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا يطلب الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشراء
وان البايع ملك البيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشراء وان البايع لم يملك البيع
فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة وان اقر البايع بذلك اي انه باع بغير امره بطل
البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا ترى ان من انكر شيئا ثم اقر صح اقراره
الا ان الاقرار حجة قاصرة لا تنفذ في حق الغير فاذا صادقه المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض
واكثر المسائل الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصورها ما قيل رجلا ادعى على المشتري بان ذلك العبد له
وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة على البايع انه اقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وان تناقض

في دعواه

في دعواه قال وفرق ابو المشايخ بين رواية الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي مسئلة
الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط
الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي في مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع
سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات
ايضا في ان العبد في يد المشتري لا لكن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل
للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البايع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم يقبل
التناقض وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة قال ــــ
صاحب النهاية ولم ينقح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق لا وضع
الجامع الصغير يمكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البايع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال
عدولا سمعنا قبل البيع اقر بذلك وشهدوا به وحينئذ لا يمنع ما تقدم والناقض في الزيادات ما ذكره المص
علما فرقنا وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى بان يجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه
لا يمكن العقد اصلا ولا ملك الثمن للبايع فان بيع مال الغير منعقد وبدا المستحق مملوك وانما يمكن وصف
العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من جانب الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه
متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اقوى في بابه ولم نجعله
متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين
بقدر الامكان فصونا اليه قال ــــ ومن باع دار الرجل فبلغه فباع عرصة غيره بغير
امره وادخلها المشتري في بنائه فبلغه يعني قبضها وانما قيد بالادخال في البناء اتفاقا لم يضمن البايع اي قيمة الدار
عند الجميع وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله آخرا وان بقيا اولا يضمن وهو قول محمد ايضا وهو مسئلة غصب العقار
على ما سياتي ان شاء الله تعالى

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم
السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن بيع
يتعجل فيه الثمن وفي اصطلاح الفقهاء مد اخذ عاجلا باجل فيه وهو بالمعنى اللغوي الا ان في الشرعي اقترنت
به زيادة شرائط وزيادات السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل
بعاجل لاندفع ذلك وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم اسلمت اليك عشرة دراهم في كر
حنطة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه ولو صدر الايجاب
من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرائطه جواز سند كذا في اثناء كلامه قال ــــ السلم عقد مشروع
بالكتاب السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا
اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان
من حق الاجل ان يكون معلوما وجه الاستدلال بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلف

المضمنة والتدليس بها اي السلف على ما قيل المداينة المداينة في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم
بدين الآية فان قيل السند لا يحتمل السبب ولا معتبر به فلنا عموم اللفظ يتناولها فلان الاسند لا يمنع
وقوله المضمنة صفة مقررة للتسلف في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ومعناه الواجب في الذمة
واما السنة فما روي عن رسول الله عم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ويختص في السلم والكلام باقي
جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص قال ومد جائز في المكيلات
والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم والوجيه ينصرف الى كونه معلوما وهو يقتضي الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية
وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى فلان كان للرحمن ولدا فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل
على وجوه السلم في الشرع واما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات والمراد بالموزونات
غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون بالحلول
وقيل ينعقد بعاجل مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني دون الالفاظ
وقد قال عيسى بن ابان رحمه الله قال ابو بكر الاعمش وهذا الاختلاف فيما اذا اسلم حنطة او غيرها من العروض
في الدراهم والدنانير لكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما نقدا مبادلة الحنطة بالدراهم
واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم في عشرة دراهم او في دينار فانه لا يجوز بالاجماع
وما ذكره عيسى رح لان الصحيح انما يجيء الاخذ او جيا العقد فيه وهما اوجباه في السلم فيه وهو اذا كان من الاثمان
لا يصح تصحيحه لانهما لا يكون ثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غيرها اوجباه فيه فلا يكون صحيحا قال
وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات جوازه في المذروعات لكونها
كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فيجاز
الحاقها بها وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره كالة اذا شابهها في جميع الوجوه وليس
المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا
وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا اذ الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع بذلك دون كونه قيميا
او مثليا فان قيل الدلالة لا تتم اذا عارضها عبارة وقد عارضها قول النبي عم لا تبع ما ليس
عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله من اسلم حاكم الحديث فيهما وراءهما
تحت قوله لا تبع فالجواب انا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القرآن شرط له وهو ليس
بموجود سلمناه ولكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا المعدود
المتقارب وهي التي لا يتفاوت احادها كالجوز والبيض لان العلماء المتقارب معلوم منضبط
الوصف مقدور التسليم فلان مناط الحكم موجود اما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا بالمكيل والموزون
والكبير والصغير سواء لاطلاق الناس على اهدار التفاوت فانه قال ابو حنيفة رح يجوز بقفيز وآخر بقفيزين
وكذلك البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا فصار الضابط

في معرفة

في معرفة العدد المتقارب عن المتقارب تفاوت الاحاد في المالية دون الانواع وهذا هو المروي
عن ابي حنيفة وبقي ذلك ما روي عن ابي حنيفة ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده
في المالية ثم لا يجوز السلم فيها اي في المعدود ان المتقارب عدا لا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه
عدد لا كيلي وعندنا انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد ولنا ان المقدار متى تعرف
بالعدد اجزى بالكيل فامكن الضبط بها فيكون جائزا وكونه معدودا اما صلاحها فجاز اهدارها
صلاحا على كونه كيلا كما كيلا قوله وكذا في الفلوس عددا ابي يجوز السلم في الفلوس عددا ذكره في الجامع
الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة واما عند محمد رحمه الله لا يجوز لانها
اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما ولا اثر للغير
عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا ابطلت الثمنية صارت ثمنا يتعين بالتعيين فجاز السلم وقد
ذكرناه في باب الربوا في مسئلة بيع الفلوس بالفلوس وفي المنتخب من قال بجواز السلم في الفلوس قال الكل
وهذا الذي عندي الى الفرق لمحمد بين البيع والسلم وهو ان كون السلم فيه مثمنا من مزون جواز السلم
فاقدامهما على السلم نقض ابطال الاصطلاح في حقهما فيكون مثمنا وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع
مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع لا ينقض ابطال الاصطلاح في حقهما فيبقى ثمنا
كما كان وفي بيع الواحد بالاثنين قوله ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا
او موصوفا والاول لا يجوز بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي هو يقول يمكن ضبطه ببيان
الجنس كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت والعرب والصفة كالسمن والهزال والتفاوت
بعد ذلك ساقط لقلته فشابه الثياب وقد ثبت ان النبي عم امر عمرو بن العاص ان يشتري
بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش الى الجدر وانه عليه السلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم
اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي اشرنا لها الخصم يبقى تفاوت فاحش
في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ويزيد
عن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب
بخلاف الثياب لانه هو مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف
وشراء البعير ببعيرين كان قد نزل آية الربوا او كان في دار الحرب والربوا بين المسلم
والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الالات كان من دار الحرب لعزتها
في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله عم بدليل انه قضاه من ابله
الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك قوله وقد صح يجوز ان يكون اشارة
الى جواب ما يقال التفاوت في الحشو والمعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي يؤكل
وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز السلم في الجدي ليس لكونه غير منضبط فانه
يجوز في الدباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الدباج بالوصف

الجذع قبل الثني مع

ثابت بالسنة لا يقال المفرع الحيوان المطلق من الوصف والمنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل
النزاع لان محمد بن الحسن ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالا مضاربة
الى زيد بن خليدة فاشتراه زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود رضي
الله عنه ازدد مالنا مالنا لا نستسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان
القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لا يقال في كلام المص تسامح لان الدليل المذكور يقوله
ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث
جواز الخبر واما الدليل على ذلك فهو السنة قال ولا في الحرافة والرؤس والاكارع ولا يجوز
السلم في الحرافة الحيوان والرؤس والاكارع والكراع ما دون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عدد
متفاوت لا مقدر له ولا في جلود لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى
المنازعة ولا يتوهم ان يجوز بالتقدير عددا لان معناه انه عددي بحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا
بطريق الاولى لانه لا يوزن عادة وذكر في الذخيرة وان بين الجلد ضربا معلوما يجوز وذلك
لانتفاء المنازعة حينئذ ولا في الخبز خبزا لكونه مجمولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان
عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولا في الرطبة جزرا بجيم معجمة بعدها راء مفتوحة وزاء
وهي القبضة من الكرات ولحوم للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طولها ما يتلذذ به الحزمة انه
شبر او ذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون
المسلم فيه موجودا وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا
ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد
الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او
معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع
فاسد عندنا خلافا للشافعي والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك
وان قوله على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عم
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي فانه عليه السلام شرط لصحة وجود المسلم
فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن
من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه
بالاكتساب وهذا مجمع عليها واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا اكتفى مؤنة الحديث واذا
وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلا مانع من الجواز واجيب بان القدرة انما يكون موجودة
اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك
وانه بان الحياة لا بد فيتقي واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فينتفي وان قيل
بقاء الكلام في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول ولكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوب

كالنصاب وجوب الاكمال ووجوب الشرط فوجود المسلم فيه كذلك قوله ولا انقطاع بعد المحل
يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ورب السلم بالخيار ان
شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان التسليم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال
فصار كاباق المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم
هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كما بعد الآبق وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال
اشارة الى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على حالات في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل
البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان العقد فاسدا قال ويجوز السلم في السمك
المالح السلم في السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت ووزنا اما ان يكون في المالح او
الطري فان كان في المالح جاز في حزب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف
مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في
غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز وروي عن ابي حنيفة انه لا
يجوز في لحم الكبار التي تنقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال ووجه الرواية
الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قبل ان يسمن مليح وملوح ولا يقال
مالح الا في لغة رديئة وهو المقدوح الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز بصرية تزوجت بصريا
يطعمها المالح والطريا لانه مولد لا يوجد بلغته قال الامام الزرنجري كفى بذلك حجة للفقهاء
قال ولا خبز في السلم في اللحم خبز تمر وقت في سياق النفي فيفيد نفي انواع الخبز بعمومه
ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابو حنيفة لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه
معلوما بصفة مطلقة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمال و
استقراضه وزنا ويجوز فيه ربوا الفضل قال فيتناول لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب
بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه وفي تعليله
تامل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه
وهزاله وسنه ومقداره وعن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا يقتنى ولا يجوز
للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان
ذكر الوزن فانما يقتنى ويجوز للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب
العظم في الطيور متفاوت ولا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا يقوي
وجه التامل ولابي حنيفة ان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما هو ليس بمقصود و
هو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا ترى انه يجري المماكسة بين
البائع والمشتري في ذلك بالتدسيس فكان المقصود مجهولا لجهالة نقص المنازعة الا ان يرتفع

ببيان الموضع والوزن وهذا يقتضي جوازه في متنوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع والوجه
ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة فلذلك يختلف باختلاف فصول
السنة وبقلة الكلا وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدري انه عند المحل على اي صفة
تكون وهذه الجهالة تفضيه الى النزاع ولا يرتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مختلف العظم
وهذا هو الاصح قوله والتعيين بالملاحظة عن قوله ولهذا يعين بالمشار اليه وبعد التسليم فالمشار
اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقيمة بعاين يعني ان الاستقراض حال فيه وحال
المبيوع ولا تفضي الجهالة الى المنازعة والسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع بالجهالة فلا يكتفى به قال
ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله استدل بالحديث رخص في
السلم الى اجل قلنا مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه السلام الى اجل معلوم لما تلونا ولنا قوله عليه السلام من
اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط الجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام
القدر قال تقبل معناه من اراد سلما عاجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق
مقيدا يحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن
في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيتقدر الى اجل معلوم
ان كان مؤجلا قال والجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف
الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله لضرورة والضرورة في التقدير بالاجل لا تقال
العلم بالدليل ضرورة فيتحمل التقدير لاجل لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي
انما تكون لعزوز ولا عزوز في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل
فلا يحتمل لان السلم شرع رخصة لدفع حاجة المفاليس اذ القيام من عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان
وما شرع لذلك لا بد وان يثبت على وجه تندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم
الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة بعتمد الحاجة والسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان
كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فبقي على النفي وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحضر فيسلم والا
لادى الى النزاع المحوج للفسخ وعاد على موضوعه بالنقض قال قيل لو كانت شرعية السلم لما ذكرتم لما
جاز ممن عنده اكثر حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى التمييز وهو دليل على العدم و
حقيقته امر بالحق لا يطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه فبني عليه هذه الرخصة
كما في رخصة المسافر قال ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لا بد
من كونه معلوما بما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة مفضية الى المنازعة لما في البيع فهذا يطالبه
بعتق رقبته وذاك يؤذيه في بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسئلة
كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر يبر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر
في حكم الاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام وهو ما ذكره احمد بن ابي عمران

البغدادي

البغدادي استاذ الطحاوي وعن اصحابنا اعتبار اختيار الناس وليس بصحيح لان الثلث ثم بيان اقصى المدة
فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثره نصف يوم لان للمجلس حكما كان معتبرا في المجلس والمؤجل ما يتاخر عن
قبض المجلس ولا يبقى المجلس منها في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابو بكر الرازي والاول اصح لكونه مدة
يمكن تحصيل المسلم فيه وما ذكرنا من كتاب الايمان قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه
لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم هذان لان التسليم والسلم متاخر فربما يفسد
المكيال او الذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم القدر والذراع كذلك
او باع بذلك الآن والمجهول القدر له بذلك لا باس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد يعني في قوله
البيوع ان البيع بذلك مكيال لا يعرف مقداره يجوز لان القبض يتحقق فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان
يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط اذا كان من حديد او خزف او خشب او حجر اما اذا كان
مما يكسر بالكسر كالزجاج يكسر الزاي لان فعلا يفتح الفاء ليس من ابنيتهم والجر لبر الغزارة والجر الق
فانه لا يجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف استحسن في شرب الماء وسوان يشتري من سقاء كذا
كذا قربة بهذه القربة ظرفا للتعامل قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا
لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس يعرف انه موهوم
فتنتفي القدرة على التسليم اشار الى ذلك قول ابن عباس سئل عن السلم في ثمر فقال اما من ثمر حائط فلا تسلم
فلما رايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا بطريق
التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله عم حال اخيه اراد به راس المال اي لو لم تحصل الثمرة فباي طريق يحل
راس المال المسلم اليه ولو كان النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم
فيه خاصة حنطة تلك القرية للعنت لا لختمها اي بخارا والباقي بغرغانة جاز العقد وان تعين
الختم ان ليس باعتبار ان تكون الحنطة منه لبيان لا بد باعتبار ان صفة الحنطة مثلا حنطة الختم ان
وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة من حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي فقد جواز الاول
دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي
ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب
نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما نبتت
بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم
الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة على ما لا اول قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط
صحة السلم موقوفة على وجود سبعة شرائط عند ابي حنيفة وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون
في جنس معلوم حنطة او غيرها او نوع معلوم سقية او بعلية والتمر خلاف السقي منسوب الى الجنس
وهي الارض التي يسقيها السماء لان مخزونة الحنطة من الماء وصفة معلومة جيدة او ردية ومقدار معلوم
عشرين كيلا بمكيال معروف او عشرين رطلا وجل معلوم والاصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم

من اسلم منكم الى آخره ومن المعنى الفقهي ما بينا ان الجهالة مفضية فيه الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار
راس المال ان كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان
له حمل ومؤنة ومعناه ماله نقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة مما فهذان شرطان لصحة عقد السلم
وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما خلافا لمالك والمسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة في شبه
الثمن والاجرة يعني اذا جعل المكيل والموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف
مقدارهما فكذا ينبغي ان يكتفي بالاشارة في راس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان راس المال نقدا
فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولا في جنسه بعد ان انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل
في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي وتحقيقه ان جهالة قدر راس المال يستلزم جهالة المسلم فيه لان
المسلم اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد
بقدر ما رده فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة
بالاتفاق فكذا ما يستلزمها وقد اورد ايرادا وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه
ويسترد رب السلم حينئذ الراس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك فان قيل ذلك امر موهوم
لا معتبر به مما يبنى على الرخص اجاب المص بان الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي اذا الكيل
يحتاج الى الآلة اذ لو اسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة الا ترى
على قولهما من اعتبر الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار الشيء عن الشبهة لان جهالة
راس المال يوفيه شبهة لاحتمال ان يكون كذلك وبعد الوصول الى مصره او قدلا يوجد وبعد الترك
الاستبدال في مجلس التراضي محتمل والمعتبر هو عدم الشبهة فالجواب ما تقدم اذ المعنى من الموهوم
هو ذلك وقيل هذه شبهة واحدة لان كلا منها مبني على وجود زيوفا والاول المص قوله بخلاف الثوب
جواب عما قاسا عليه من الثوب وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان الذرع في الثوب المعين
صفة ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد
تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما تعلق العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق ولم يجب
عن الثمن والاجرة لان دليله تعميم ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان بترك الثمن والاجرة وترك
الاستبدال في مجلس الرد ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار راس المال ما اذا اسلم مائة في كر حنطة
وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة لان المائة تنقسم على الحنطة والشعير
باعتبار القيمة ولم يعرف قدر كل فلا يكون مقدار راس مال كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان
الاشارة الى المعين تكفي لجواز العقد وقد وجدت او اسلم دراهم وثانيز في كر حنطة وقد علم وزن
احدهما دون الآخر فانه لا يجوز عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم
شرط الجواز وفي حصة الآخر ايضا لانحلال الصفقة او لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود
الاشارة وقال في المسئلة الثانية ان العقد يبقى للايفاء لان العقد الموجب للتسليم وجد فيه

وما كان

وما كان كذلك يبقى كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولا تدل لابراهيم مكان آخر
لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يبقى كما فلا فات الامكان في الاول من ان الجزء الاول يبقى للسببية لعدم
ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب لا يتعين مكانا للتسليم ونقضهما اذا باع طعاما
وسوى السواد فانه روي عن محمد ان المشتري ان كان جاء مكان الطعام فلا خيار له وان لم يجاء فله الخيار
ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد بيان مكان
آخر كما في بيع العين فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله فبقي عنده اشتراها في المصر
او خارجه بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع
حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر ومكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضرته
وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكر والتقييد مثله فبقي انقطاعا عن المعارضة بان التعيين بالدلالة فاذا
جاء صرح بخلافها ببطلها وانما قدر لبيع العين لانه قابل بالمبيع الثمن والحال فيه صفقة وصفقة ولا
يخفى ان السلم تسليمه غير واجب والحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكلامنا في تسليم غير واجب والحال لا يتعين
مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام
ليكون الحال ثابتا على اصل سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض و
الغصب والاستهلاك فان تسليمه يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال ارايت لو عقدا عقد السلم
في السفينة في لجة البحر هل يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقول به عاقل واذا ثبت ان
مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة لان في الاشياء يختلف باختلاف
الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسامحه فلا خلاف في ذلك فصار كجهالة الصفة في
اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان وعن هذا الرمز ما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف
قال فان قال المتبايعان ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الجنس والرداءة في احد
البدلين وقيل عكسه ابدا لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجب لان تعيين المكان قضية
العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضاه
صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة
الثمن اشترى شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة بشرط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا
يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو المختار ثمرة الاجرة لان
مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات وصورة الاجارة استاجر دارا او دابة بمكيل او موزون موصوف
في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده خلافا لهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفي الدابة يسلم
في مكان تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم لمقابلة الزائد مكيلا
او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عند بيان مكان الايفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة
فان وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء قد تقدم بيان حامله حمل ومؤنة

مقتضاه بيان

فيعلم من ذلك ما لم يكن له حد ومعرفة وقيل ما لم يكن له حد ومعرفة وهو الذي لا امر انسان بحمله الى محل التفضل
حمله مجان وقيل ما يمكن رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم
اختلاف القيمة وكذا حمله يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع ويبدع الاصل يتعين لانه
موضع الالتزام فيرجح على غيره وكذا الاجارة يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء
اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه قوله ولا وجه لو الحمل جوابه غما يقال يجوز ان يتعين مكان
العقد ضرورة وجه التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين
لانه لا يفيد حيث لا يلزم نقله مؤنة ولا يختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد
السلم سقوط خطر الطريق ولو عين للحمل فيما له حمل ومؤنة يكتفي به لان المصرح به ان المراد كبقعة واحدة فيما
ذكرنا من انه لا يختلف فيه باختلاف المحالة وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة
في كيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه مسافة فسيح ولم يتيسر ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة
مفضية الى المنازعة قال ولا يصح حتى يقبض راس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه
على التحقيق اذا لم يقبض راس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا كلاما
حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لا يفسد ما لم يفترقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد اما اذا كان راس
المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي اي النسيئة
بالنسيئة وان كان عينا فللان السلم اخذ عاجلا باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والسلم
فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة
والكفالة فانه عقد اثبتت احكامها بمقتضى اسامها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جواز
الفرض يتعين في العقد فيشترط التعجيل لئلا يجيء الدين بالدين تخلصا من الربا ولانه لا بد من
تسليم راس المال ليتقلب اي ليتصرف المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا اي لاشتراط القبض قلنا لا يصح
السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد
في حق الحكم وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع من المبني وكذا لا يثبت
في السلم خيار الرؤية لكونه غير موجب لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما اخذ بدل
فلو قلنا لما خوف على الجاني في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذ ثانيا وثالثا الى ما لا يتناهى فاذا لم يفد فائدة
لا يجوز اثباته في بيع العين عند فائدته لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين
ما تناوله العقد فينفسخ ليلتقيه شيء احدهما ان العين لا فرق فيه اما ان يرد به راس المال او المسلم فيه
لا سبيل الى الاول لان خيار الرؤية ثابت لو راس المال حق في الذمة وقال لا يفيد السلم ولا الى الثاني
لانتفاء التقرب لانه في بيان اشتراط قبض راس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار للمسلم فيه وعدمه
لا مدخل له في ذلك فلان اجنبيا والثاني ان المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك للمستصنع خيار
الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه ولكن استطرادا ويجوز ان يعطي راس المال

وهو

وهو وان كان دينا في الذمة شرعا ولا يفيد وان كان عينا وجب ان لا يفيد لافضائه النهي عن بيع الانسان
ان المعقود عليه في الاستصناع دين بدليل عين على ما جيء في الاستصناع على ان خيار العيب لانه لا يمنع تمام
القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب المال السلم
خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو اما ان يكون راس المال قائما او لا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط
لان ابتداءه براس مال موجود لا حق فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء
والجواب ان نفي التنكير فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر وقد مر تقريره وهو
ما اذا باع الى اجل مجهول ثم استقرض الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر قال
وجملة الشروط جمعوها جمع المشايخ جملة شروط السلم واعلام راس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره
وصفته وفي تعجيله وللاداء به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو مشتمل على بيان الجنس
والنوع والصفة والقدر وفي تاجيله الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وفي بيان مكان
الايفاء كما مر وفي القدرة على تسليمه وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم اثني درهم في كر حنطة مائة
منها دين على المسلم اليه ومائة نقدا لم يجز في حصة الدين بالاجماع سواء الحق المائتين ابتداء او اضاف احدهما
الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد طارئ
اذا لم وقع صحيحا اما اذا كان الحق ثم جعل المائة من راس المال قصاصا بالدين فلا اشكال في جوازه
كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طاريا واما اذا اضاف الى الدين
ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح وعند الشافعي النقود لا تتعين في العقود اذا كانت
عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد سواء الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان
لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النهي لنهي
عن الكالي بالكالي وقيد بعد لمعاينة مهما دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع النهي لانه
ليس بمال في حقهما قال ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف وراس المال قبل القبض
لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي فلو جاز التصرف بالبيع والهبة والصدقة ونحوها فات
الشرط وهو معنى قوله فلما قدم تقديم القبض للتحقق بالعقد والا فالمسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يشكل بعدم المقبوض بعقد السلم كالمعين المشتري فراس المال ان كان
مثليا جاز ان يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذلك الثمن والتجوز الشركة وهو ان
ان يشترك شخصان في المسلم فيه والتولية وصورتها ظاهرة وانما خصها بالذكر بعد ما دخلا في العموم
لانها اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة مؤنة
فانه يؤتى غيره ما تؤتى فان نقايله السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا
حتى يقبضه كالمتلاعم لانه اخذ المسلم او بدل مالك بقي حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص
في ذلك لانه اخذ مبتدأ بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الذي والبيع يقتضي وجها

المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل راس المال مبيعا ليرد عليه العقد والاحكام
ما فرضناه يسالم يكن بيعا هذا خلف بالحال وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين
معقودا عليه ابتداء فهو مبيع من كل وجه وهو عقد السلم فلا يمكن ذلك انتهاء فيما هو مبيع من وجه دون
كان اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا ينصرف فيه قبل القبض فكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك
وجب قبض راس المال في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء اجاب بقوله لانه اذا كان عقدا لا اقالة لم يلزم احكام
الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق الكل والاقالة بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط القبض
في الاقالة اشتراطه في الاصل بالضرورة وان ثبت بالتبعية وهو ان اشتراط القبض في الابتداء لان للاحتراز
من الكالي بالكالي والمسلم فيه يسقط بالاقالة فلا يحتاج فيه ذلك فلا يشترط القبض والتاخير يعني عن هذا
السؤال لان راس المال اذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه فالسؤال يوجب قبض لا يوجب قبض لا يوجب
دفع وهم من عسى يتوهم نظرا الى كونه راس المال وجب قبضه ولما برز ذلك في معرض الدليل على القلابة
معقودا عليه حيث لا يجب قبضه والوثيقة راس المال لوجب كان ادق على طريقة قوله في قول الكتاب ويجوز بالدين
لسان لان سوى الفاسية وهو طريقة قوله ولا عيب فيهم غير ان سيوفهم بهن فلول من قراع الكتائب
قوله وفيه اي في جعل راس المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر هو يقول راس المال بعد الاقالة صار دينا
في ذمة المسلم اليه فكما جاز الاستبدال به يجوز ان يكون بدلا الدين والحجة عليه ما ذكرنا من الحديث
والمعقول قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل رجلا اسلم في كر من الحنطة وهو سنوت فيزا
فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه فقضاه الحنطة لم يكن قضاء حتى لو هلك
المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه وان امره ان يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتال
له ثم اكتال لنفسه جاز لانه اجتمعت صفقتان بشرط الكيل الاولى صفقة للمسلم اليه مع بايعه والثانية
صفقة مع رب السلم فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا
هو محل الحديث على ما نص في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحل الحديث اجتماع الصفقتين على
ما بينا قوله والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شراء
المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه بائعا بعد الشرى فلم تتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي
وتقرير الفساد وجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم في ابتداء البيع لان المسلم فيه
دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص موجبه الاستبدال
فيبنى فيما دون ذلك بقدره فيجوز ورآه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشرى بشرط الكيل فقد اجتمعت صفقتان فلا
بد من تكرار الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكر فقبله جاز لان القرض اعارة ولهذا
تنعقد بلفظ الاعارة ولو لم يكن اعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربوا ولهذا لا يلزم التاجيل
في القرض لان التاجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض حكما فلا تجتمع صفقتان وكذا
لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد قال ومن اسلم في كر فامر

رب

رب السلم رجلا اسلم في كر دين السلم ان يكيله المسلم اليه في غير ابي رب السلم غايب ولم يكن له في غرائر
لهما فانه لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر اذ حقه
في الدين لا في العين فلا يصح الامر فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار
كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزن المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل
حنطة بعينها ودفع غرائره الى البايع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غايب صار قابضا لانه
ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صار البايع وكيلا عنه في امساك الغرائر
فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري قوله الا ان يرتد ضبح لتملكه بالبيع فانه
اذا امره بالكيل في السلم كان الكيل للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امره ان يجعله في الجرب في السلم
ففعل هلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته
موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما صح امره ويجوز ان يكون ترضيحا لقوله لان الامر وقع لهذا
اي لان الامر قد صح يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لان البايع نايب عنه في الكيل فان قيل
البايع مسلم فكيف يكون نايبا اجاب بقوله والقبض بالدفع اي وتحقق القبض بالدفع في غرائر
المشتري فلا يكون نايبا ومسلما وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي
عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري وقد مر فيما باب الربوا
ولو امر المشتري البايع ان يكيله في غرائر البايع ففعله يصير المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها
فلا تصير الغرائر في يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره
ان يكيله ويجعله في ناحية من بيت البايع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا لانه
مستعير ولم يقبض قوله ولو اجتمع الدين والعين صورته رجلا اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم
اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره اليه ليجعل الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو اما البايع
من ان يجعل فيها اولا الدين او العين فان كان الدين صار المشتري قابضا لهما اما العين فلصحة الامر
فيه لمصادفة الملك وكان فعلا لما مور كفعل الامر والا فانه لا يصلح نايبا عن المشتري في القبض كما لو وكله
بذلك ايضا واجيب بانه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا واما الدين فلانه يملكه بقبضه
والا تصار بالملك بالرضا بثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صانع خاتما
وامره ان يزيد من عنده نصف درهم ولا يستحق بالصباغ فان الصبغ والصبغ انتقلا بملك المستاجر
ولم يصر قابضا لان المعقود عليه في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب
فلا يكون قابضا وان كان الاقالة لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفة الملك
لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المامور بجعله في الغرائر متصرفا في ملك نفسه فلا يكون
فعله كفعل الامر واما العين فلانه خلط بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابي حنيفة فينفسخ العقد
فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينفسخ البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه حاصل باذن

المشتري بالخلط على وجه يجب الامر به فايضا هو الذي كان ماذونا به وفي عبارة المص تسامح
لانه حكم بكون الخلط غير مرخص به جزما واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعيب فيكون
الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في ذمة المانعة فانه قال
ولا نسلم ان هذا الخلط مرخص به وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام وعندهما المشتري
بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال
ومن اسلم جارية في كر حنطة رجلا اسلم جارية في كر حنطة ولا فرق الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت
الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلاكها لانها لو تقايلا بعد هلاك
الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود
عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء
واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه قيمتها فكانت
مقام الجارية فكان احد العوضين كان قايما فلا يرد ما قبله الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط
بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق
بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها ايضا و
ابتداء وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح قال ومن اسلم الى اجل دراهم في كر حنطة
اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم فمن كان منهما منكرا وهذا الذي ينكر ما ينفعه كان كل منهما
بالخيار وهذا بالاتفاق ومن كان مدعيا وهذا الذي ينكر ما يضره كان القول قوله وان ادعى
الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف و
محمد رحمهما الله القول قول المنكر وان انكر الصحة وعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا
فقال المسلم اليه شرطت ردايا وقال رب السلم لم تشترط شيئا كان القول قول المسلم اليه لان
رب السلم منكر لصحة السلم لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة وكان القول
لمن يشهد له الظاهر فيما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان
الوصف والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر
شاهدا للمسلم اليه وقول من يشهد له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم فيه
يربو على راس المال بالامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت كثيرة سلمناه
لكنه يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان ردايا فممنوع سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور
وهو قوله عم البينة على المدعي واليمين على من انكر وهو بالملاقاة يقتضي ان يكون القول قول المنكر
وان انكر الصحة والجواب ان الناس مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في
البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابحة يقدمون على السلم مع اشتغالهم في الحالة الراهنة
وذلك اقوى دليل على ربو المسلم فيه وان كان ردايا والاعتبار للمعاني دون الصور فتنكر

الصورة

الصورة وان كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى تلف الوديعة وانا
انعكست المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير
والمتأخرون من المشايخ قالوا الواجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وان كان
صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره من بعد بدليله
ما يذكر وبعض المشايخ قالوا القول لرب السلم عندهما وفي عبارته تسامح لانا نستعمل للبعيد والمطابق
ونقرره ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان
المسلم اليه متعنت في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل قال قيل لما نسلم انه متعنت لانه
ربما كان يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على راس المال عادة فيكون القول للمسلم
اليه وهو القياس اجاب المص بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لكان الاجتهاد فان السلم الحال
جائز عندنا في واذا لم يكن متيقنا بعدمه يلزم من انكاره تدارك راس المال فلا يكون النفع برد راس المال
معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن اليه نظر لان بناء المسئلة على
خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة
ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل
ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان
انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل
شرطت نصف الربح فالقول قول رب المال لكنه المضارب متعنت في انكاره حقا له وهو زيادة عشرة
ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان
القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعي
الصحة وقد اتفقا على عقد واحد اذا السلم الحال فاسد لبيع بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكان متفقين
على الصحة فالظاهر الرجوع احدهما ان الظاهر من حال المباشرة العقد بصفة الصحة والثاني ان الاقدام على
العقد التزام لشرايطه والاجل من شرايط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعد ما
في فقد ما التزم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانها اذا اختلفا تنوع محل
الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا في المدعي للصحة مدع
لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم
اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المراد ولوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف
لاختلاف المحل واما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الا
انكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم
يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر
وعبر المص عن الوحدة بالمذهوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا

هو شرط العقد وشرط الصحة الاول مسلم وبقي الثاني من شرائط العقد وهو غير مسلم سعد

العذر الذي ذكرتم في المضاربة سيكون بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة نصف الربح وزيادة
عشرة وقال المضارب لا بل شرطت نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر
الاختلاف فيكون القول لرب المال لامكان ما يدعيه المضارب قلنا الجواب ان العذر المذكور
كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد ورد عليه لان رب المال قد اثبت
له بقوله شرطت نصف الربح ما يدعيه بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار
لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما
سيأتي فيكون النفي والاثبات واردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب
قال في السلم وهذا الحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقل دعوى قال ويجوز السلم في الثياب
السلم في الثياب جائز اذا بينت الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيد يراد غلظه
وثخانته لانه اسلم في معلوم متفاوت التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ
لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا
ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك
بمراد لا محالة واما في الثياب فالوزن ليس بشرط وكذا نص الامام السرخسي اشتراط الوزن في الوذاري
وما يختلف باللقل والخفة قال ولا يجوز السلم في الجواهر العدد الذي يتفاوت آحاده
في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى التنازع وفي الذي لا يتفاوت
آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه
مما لا يعلم بالوزن فلا تتفاوت المالية ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه مثلث معروف لانه
اذا سمى الملبن صار المقدار بلبن ولبن يسير فيكون مساقا الى الاعتبار فيلحق بالعدد المتقارب
قال وكلما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تنتظم جميع
جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز وفيه بحث من وجهين احدهما انه عكسها فقال وما لا يضبط
صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس
بحيوان والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب
عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقولهم من اسلم منكم فليسلم
في كيل معلوم الحديث وحينئذ فان ملازمة كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس
بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة
المسائل الجزئية فتتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا يكفي بالسلم في لحم او تمر او
خفيف او نحو ذلك اذا اجتمع فيه شرائط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز خير فينتفي قال
وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز الاستصناع هو ان يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع
لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضها الا يسلم وهو لا يخلو اما

ان يكون

ان يكون فيما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من لحم وتمر وخفيف اولا والثاني
لا يجوز قياسا واستحسانا كالسلم والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى رسول
الله عليه السلام عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يتعرض له اجلا اليه اشار بقوله بغير
اجل وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار تعاملوا الاستصناع
فيما فيه تعامل من غير نكير والنكير يترك بمثل كدخول الحمام ولا يستدل بالمزارعة فانها في الناس تعامل وهي
فاسدة عند ابي حنيفة لان الخلاف فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في
جواز حلول ما يبيع الى اجل والصحيح انه يجوز لا عنده وهو مذهب عامة مشايخنا وان الحاكم الشهيد يقول
هو مواعدة ينعقد العقد بالتعامل اذا جاء به معروفا ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار وجه العامة انه
سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وكذا الخيار والاستحسان ولانه لو جوز فيما فيه تعامل لا فيما
لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده او الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس
من عنده والمواعدة يجوز فيهما والكل وثبوت الخيار كلهما لا بد على المواعدة الا ترى انهما اذا تبايعا عرضا
بعرض ولم ير كل واحد منهما ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع مخطر لا محالة فان قيل
كيف يجوز ان يكون بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كما
في التسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة
حكما لعذر جواز الصلوات ليلة بتقاعد الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما
للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع
اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان
بيعا لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل بموت احدهما كذا في جامع قاضي خان واجيب بان الاستصناع
شبيه بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبيه بالبيع من حيث ان المقصود منه العين
المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع هو المقصود واجزنا فيه
الخيار والاستحسان والمتبادر خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل
ان فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع فلذلك اجازه محمد
اجيب بان الصبغ اصل والصبغ آلة فكان المقصود فيه العمل ولذلك اجازه ولهذا على العمل في عين
المستأجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع ليكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث
وصفه الا بالعمل لم يجز الا اجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع
حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله ان كان بيعا لا عدة وكان المعقود عليه
هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كلامه على خلاف
ذلك قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه ان المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم والاخبار

للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على انه بايع باع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على
جعل بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه
تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الضرع واتلاف الخيط وعن ابي يوسف لا خيار لهما اما الصانع فلما
ذكرنا اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الضرع وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار
تضرر الصانع لانه غير لا يشتريه بمثل الا بربح ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامي لا
يشتريه اصلا فان قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون مغتبرا اجيب بجواز ان يكون على ظن ان المستصنع
مجبور على القبول فلما علم اختيار عدم رضاه فان قيل ذلك يجوز مدحه ولا يصلح عذرا في دار الاسلام
اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من اصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار
الاسلام علم افراد جميع المجتهدين اما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين
منها وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة لحق بلغت لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها
بان لها الخيار بطل الخيار لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين
منها ولا في خيار اجتهاد جميع المجتهدين ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من التنقيب
والنصاب اثناء له على الوجه الذي لم يعارضه الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اقل المدة احتراز
عما اذا ضرب له اجلا فيما فيه تعامل فانه حينئذ يكون سلما عند الجميع خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل
فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل
الاستعجال مثل ان قال على ان تفرغ هذا غدا او بعد غد لا يصير سلما لانه ذكره حينئذ للفراغ لا لتاخير
المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال فلا يصير
سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفي اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم
المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة الاستصناع وقرينة ان ذكر الاستصناع ان لا يكون سلما
لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون
للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم لا لاجل ان ما لا تعامل فيه فيه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وقرينة لاشتمال ان اللفظ محكم في الاستصناع
فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لانه جواز بالاجماع
بلا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة
ولانهم السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

مسائل منثورة

اي عن مسائل كتاب البيوع نثرت عن ابوابها ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها هاهنا قال
ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان او غير معلم
في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا
للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بعد الاصطياد

فان كان

فان كان كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجاني بنباحه فساوى المعلم
في الانتفاع به وعن محمد ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه صلى الله عليه وسلم نهى عن
امساكه والمراد بقتله قلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او الماشية او للزرع وقال الشافعي
لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فصار
بمعنى فاعلة وترك التاء الحاق بالفعيل بمعنى مفعول كالكفاية مطلقة جديدة ولانه نجس العين بدلالة نجاسة
سؤره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تنافي جواز البيع
باعتبار ان فقد المنافي والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا
كلب صيد او ماشية وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب
مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بانه ذكره لابطال شمول العدم الذي
هو مدعى الخصم واثبات المدعى فثابت بحديث ذكره والاسود بن عمرو بن العاص انه نهى
فقتل رسول الله عليه السلام باربعين درهما من غير تخصيص بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرحه الآثار عن يونس
عن ابن وهب عن جرير عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قتل كلب صيد قتله رجل بأربعين
درهما وهذا مخصوص بنوع ما نهى وقيل الاسود لا يصلح دليلا على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث
يدل على الاقل والاصل حجة به دلالة ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فيكون مالا فيجوز بيعه
واعترض بوجهين احدهما ان الانتفاع بما هو الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالية عينه كالآدمي ينتفع
بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال والثاني ان سؤر الخنزير ينتفع به الاساكفة وليس بمال واجيب عن الاول بان
الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا والمنفعة الآدمي انه يورث والمنفعة وحدها
لا يورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يؤكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين
شرعا فثبت الحرمة لا كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها كالميتة
لحمه حالة المخمصة واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع يثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام الموذية
كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها قوله والحديث محمول على جرير بدلالة الاثار والحديث المروي
وتقريره ما روي عن ابراهيم انه قال روي عن النبي عليه السلام انه رخص في كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي
منسوخ فانهم كانوا اكفوا اقتناء الكلاب ولا تنفرد القنيان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فنسخ
ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص بعد ذلك
في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز ان يقال
الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المبايعة قوله ولا نسلم نجاسة
العين جرير يستدلالا بالمعقول بالمنع فان عليكم في حالة الاختيار بالجهة والدعوة وليس بنجس العين
كذلك ولئن سلم فيجوز التناهد دون العين لا نسلم فيه عندنا على ما سيجيء ان شاء الله تعالى قال
ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير لما بينا انه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا

وما يترتب على ذلك في البيوع وعند ابن عبد الله ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها وقد
مجز في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي
لرسول الله عم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال له رسول الله
عم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لي في خمرك قال نحذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها
على حاجتك فقال له النبي عم يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ق — واهل الذمة
في البياعات كالمسلمين قال محمد في الاصل لا يجوز لاهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة و
لا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب
الا عند يد بيد وكذا كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا ثم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام كما تدل النص
روي عن عمر ذلك بقوله عم في ذلك الحديث فاعلم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون
يعني بالمعاملات بالاتفاق مما جعلنا في ما بينهم نفوذها كالمسلمين ولا بقاء للانفس الا بالطعام والشراب
والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما
في حق المسلمين الا الخمر والخنزير فان عندهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما اموالا متقومة في اعتقادهم
ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون ودل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا
هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجلانهم يفعلون ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان
صورته ان يطلب انسان من آخر شرى عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب
فيه الا بالف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف على اني ضامن لك خمسمائة
من الثمن سواء الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يتراضوا على الثمن جاز
البيع بالف ولا شيء على الضامن والفرق بينهما ما ذكرنا بناء على الاصل المار ان الزيادة في الثمن والثمن جميعا
جائزة عندنا وتلحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي احدهما لانه ابراء لا الحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى
وصف مشروع وهو كونه عدلا او فاسقا او ذميا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن
وهو باق في البيع بدونها فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك الملتزم مقابلة شيء فجاز
اشتراطه على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة صورة وان فات معنى ليخرج عن حد الخمرة
فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضمان رشوة منه على البايع باسقاطه
من المال والرشوة حرام لا يلتزم بالضمان والقرض باوجه الا ولكيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في
ملكه شيء من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة ثمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري وبمجاوزة الضامن ولم
يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان اصل الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والبيع لغيره فكذلك الزيادة
والتقدير الغايب لو اصل المسئلة يغني عن هذه الاسئلة والجواب عن الاول لا باس بتكرار ذلك للتحقيق وان
ورد السؤال اذا كان يعرض فهم اصل الكلام بجوابه تكراره وذلك ان قد بينا ان فصل الثمن قد يستغني

عن ان

عن ان يقابلها بدل بالمال جزء فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن
اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتا بلا بدل وضد ذلك الحرز ان يثبت
على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه لا غير والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يتوجه له
الطلب على المشتري فظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابله شيء من المال فلا يكون
كالزيادة وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوبه شيء في مقابلته وقع
في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه وقيل لا خلاف في امتناعه وقال ابن
عصفور بعض الكتاب يجيز مثل ذلك وهو قليل جدا وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسة
بل الجزء المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمسمائة ق — ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها
رجل المشتري ولم يقبضها حتى زوجها برجل فلهذا الزوج جاز النكاح لوجود سبب ولاية الانكاح وهو
الملك في الرقبة على الكمال وما له مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف
ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضا لان الدخول لما كان
بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطأها هذا الزوج فلسيد ان يجدد التزويج قبضا استحسانا
وفي القياس موقوف ورواية عن ابي يوسف رح ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج
غير حاكي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضا
فصار كالاعتاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقلع اليد وفقاء العين وجه الاستحسان ان في العيب الحقيقي
استيلاء على المحل بالفعل فعامة اليه وبه يصير قابضا وليس كذلك في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير
اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضا ق — ومن اشترى
عبدا فغاب المشتري رجل اشترى عبدا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البايع من القاضي
بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى يقيم البينة دفعا للتهمة فاذا اقامها فلا يخلو اما ان كانت البينة مؤرخة
او لا فان كانت الاولى لم يبعه في الدين لان وصول البايع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع ابطال حق المشتري
وان كان التاريخ العبد واو في الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار البايع فتظهر على البعد الذي اقربه وقد اقر به
مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وهذا لان العبد في يده والظاهر ان ما في يده قلوا على الملك كالحر
مسمى عاقلا له يعتبر ملاحظ بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له
ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر بتبعيه القاضي فيه لا يهدر اذا مات فان المرتهن احق با
لمعلوم يباع في دينه اذا تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا فان المبيع
يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البايع لم تقبل لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو
دين في ذمة المشتري فكون البينة لاثبات الدين والاثبات على الغايب ممتنع عندنا وفيه بحث
من اوجه الاول ان اقامة البينة على الغايب لا يجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغايب مجهول
الثاني ان القول بجواز البيع قبل القبض والمبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه الثالث

ان ذلك يفضي الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا
وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي التهمة لا للقضاء
وان القاضي يوجب اقرار المقر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان احدهما
قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز
قبل القبض وروايات المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعله وكيلا عنه والجواب
بان ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره والثاني ان البيع هنا غير مقصود وانما المقصود التخلص للبائع
احياء لحقه والبيع يجعل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث ما ذكرنا ان هذا ليس
قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري
واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وحينئذ ظهر الفرق والله اعلم الحكم ثم اذا باع فان فضل شيء يمسك للمشتري
لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو او يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فالحاضر
لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقده اجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيبه من
العبد الى الحاضر واذا احضر الغائب فللحاضر ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما
نقده عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن فلو قبل
لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض الا نصيبه مهايأة لا غير واذا قبض الحاضر العبد لم يرجع
على الغائب اذا احضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متطوعا بما لاقى عن صاحبه لانه قضى
دينه بغير امره ولا رجوع له بذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه
لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ويكون البائع له حق الحبس بما بقي منه والمضطر
يرجع كحمل الرمق فان من اعار ثيابا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افتكها الراهن وهو المستعير او غاب فافتكه
المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في القضاء و
هذا انما لا يتكلف فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم
بين حالة حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب
ان الاضطرار في حالة حضوره مفقود لامكان تحكيم الحاكم بنقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض
نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجر دارا
فغاب احدهما قبل نقد الاجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع لكونه غير
مضطر في نقد نصيب صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا ذكر الامام التمرتاشي واذا
ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من ماله فله على ما سبق
قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة بعلا اشترى جارية قال اشتريتها بالف مثقال ذهب وفضة
صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثقال اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه
وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة وليس اولوية لاحدهما على الآخر فيجب التسوية فيه

وكان

وكان الواجب ان يقيد المص بالجودة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر
فلا يتدمن بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيد محمد بها في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز ان
يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت منك هذه
الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما قلنا في المعطف الا انه يجب من الذهب
مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لانه هو المتعارف
في وزن الدراهم ولك ان تقول المتعارف يقتضي ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد
الذي وقع فيه العقد قال ومن له على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لم يعلم
فانفقها او هلكت فهو قضاء عند الحسن ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله له مثل زيوفه ويرجع عليه
بالجياد لان حقه في وصفه من حيث الجودة كما ان حقه من حيث القدر فلو نقص
عن كمية حقه رجع عليه بمثله كذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف منفردا
لعدم انفكاكه وهو درهم عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة ومحمد ان المقبوض من
جنس حقه بدليل انه لو تجوز به لا يجوز الاستبدال كما لو عرف والسلم جائز فكان الاستيفاء من حيث
الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه الا في الجودة وتداركها متعذر بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا
لما ذكرنا انها عند المقابلة بالجنس هدر ولا اعتداد لعدم تصور الانفكاك والايجاب ضمان الاصل لا يمكن
المضمون حينئذ ولا هو الاصل والفرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتبار ايجاب له
عليه ولا تجوز في الشرع والقرض يوجب احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز اذا لم يتعد
وهنا يتعد فصار كسبب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى
صح والثاني ان المقصود الاصلي هو ايجاب حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا معتبر والجواب
عن الاول ان الفائدة ثمة انما هي للغرماء فانه يضمن التخمة لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف
تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له قال واذا فرخ طير في ارض رجل اذا فرخ طير في ارض رجل
رجل ولم يقدر على ذلك لم يملكه وقيل له اخذه وكذا اذا باض فيها او تكسر فيها ظبي وفي بعض النسخ
تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد لمن اخذه بالحديث ولكونه يؤخذ
بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر جناحه في ارض انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض
والتكسر التستر ومعناه في الاصل دخول الكناس وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر جناحه وقيد بذلك
حتى لو كسر احد فرخيه والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولانه يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه
وقوله وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك اشارة الى انه لو اعدها لذلك بان حفرها ليقع فيها
او بغير ذلك مما يقصد به كان له فاما اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت للحفاظ فتعلق بها
صيد فهو للآخذ وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما تكسر من الكسر والدراهم في ثيابه ما لم
يكفه اي يضمه الى نفسه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عشش النحل في ارضه فانه اعد لعاجها

لانه عدم انزاله ارض انزال الارض بناء فلما كان جمع نزل وهي الزيادة والفضلة والفرق بينهما
ان العلو صار قايما بارضه على وجه القرار فصار تابعا لها كالنجم النابت فيها والتراب المجتمع بمرور
الماء خلاف الصيد

كتاب الصرف

الصرف بيع خاص
وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم ما يدل على تاخيره عن
الثمن في اول السلم وسمي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة الى النقد في بدليه من يد الى
يد والصرف هو النقد والنقد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني لا يطلب بهذا العقد
الا زيادة عمل فيما يقابله من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بها بعينها كما ينتفع بغيرها
من المطعوم والملبوس والمركوب فلولا تطلب الزيادة والعين حاصلة في يده فكان فيه فائدة
اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته قوله تعالى واحل الله البيع وقوله عم الذهب بالذهب
الحديث واذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قال الخليل ناسب ان
يسمى صرفا ومنه ابي وهي كغير الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفا قال صلى الله عليه
وسلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه اداء الحق
الى المستحق وشرطه على الاجماع التقابض قبل الافتراق بدنا وان لا يكون فيه خيار ولا تاجيل و
انسامه ثلثة بيع الذهب بالذهب وبيع الفضة بالفضة وبيع احدهما بالآخر فان
باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفت في الجودة والصياغة بان يكون
احدهما اجود من الآخر او احسن صياغة لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد به المما
ثلة في القدر لا في الوصف كقوله عليه السلام حنطتها وتمرها سواء وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع
في باب الربوا حدث محمد بن عرعرة في اول كتاب الصرف في الاصل عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع عن انس
بن مالك قال اتى عمر بن الخطاب باناء خسروا اتى قد اخذت صياغته فبعتها بالاثمان فاعطيت
به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق
فقبض عوض الصرف قبل الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله يدا بيد وقوله عم
رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى
وبالمعقول وهو انه لا بد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكالي بالكالي فلا يستلزم قبض
الآخر حقيقة للمساواة نفيا لتحقق الربوا وقد في الكتاب فلا يتحقق الربوا فلا ينصرف
بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد قوله ولا من احدهما دليلا آخر وتقريره ان احد العوضين ليس اولى بما
بالقبض من الآخر فيقبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان
كالمذهب او يتعين احدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا وهو قوله عم الذهب بالذهب الحديث وهو
يتناول المصوغ وغيره قوله ولا بد ان كان يتعين جواب عما قيل بيع المذهب بالمذهب بلا قبض لا يتم
لانه كالي بكالي وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان

كان

كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه غنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة والربوا فان قيل
فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المذهب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لان بيع المذهب بالمذهب
نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مذهب نسيئة وبيع مصوغ يتعين كان بالنظر الى كونه خلقة ممنوعا
شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل
عنها اجيب بان عدم الجواز في المذهب نسيئة بقوله يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم لا موضع
النص مضاف اليه لا الى العلة فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون
لا بدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او نائما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول عمر رضي الله عنه
وان وثب من سطح فبعده فيثبت معه وقصده ما روي عن ابن جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي
الله عنه فقلت انا نقدم ارض الشام وهنا الورق الثقال النافقة وهنا الورق الكاسدة فنشتري
ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا
تفارقهم حتى تستوفي وان وثب من سطح فيثبت معه وفيه على ان المفتي اذا بين جواب المسئلة عنده
لا باس ان يبين للسائل الطريق المحصل للمقصود مع التحرز عن الحرام ولا يكون ذلك مما هو من تعليم الحيل
وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق
هو المعتبر في قبض راس مال السلم وقوله بخلاف خيار المجلس يرجع الى قوله لم يبطل الصرف بيدا ث
المجلس مع زوجها وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب
بالفضة جاز التفاضل لعدم الجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب بالورق ربا الا هاء
وهاء على وزن هاع بمعنى خذ وهذه قوله تعالى فهلم اقرؤا كتابيه قوله فان افترقا في الصرف مثل
بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل
العقد لفوات شرط البقاء وهذا يحتج على من يقول ان القبض شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه
والقبض انما هو بعد العقد وما اجيب به ان شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان
اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير اعراض لما فيه من اثبات اليد
على مال الغير رضاه فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لان المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب
والقبول فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما ولو كان موجودا وقت
العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى فيه من التحامل حصوله
المقصود بجعله شرط البقاء ولهذا ارد من الافتراق بلا قبض مبطلا لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الا
جل بان يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على اني بالخيار ثلثة ايام او قال الى شهر من الخيار
لا يبقى القبض مستحقا لمنعه الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار
يتاخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن الحق مستحقا وفي الاجل ذكر العقد مانعا في القبض فكان
مقارنا في الشيء مقترنا له كذا قيل فكان راجعا الى ان في الاول استحقاق القبض فابتدا وفي الثاني القبض

المستحق شرعا فابت قوله الا اذا اسقط في المجلس يعني ان كان الخيار لهما او تمم لهذا ذلك فيعمل الاجل لا
نفاذه قبل تفرق اسحابنا خلافا لزفر وسوالقياس وان اسقط الاجل فكذلك وان اسقط احدهما
فكذلك في ظاهر الرواية وعن الحسن ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل يصح حتى يرضى صاحبه والفرق
يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف
كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في فسخه بالخيار اذ
العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثلا المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة
قال ولا يجوز التفرق الا من الصرف قبل قبضه التفرق الا عن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع
دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق
بالعقد حقا لله تعالى اذ الربوا حرام حقا لله والقياس يقتضي جوازه كما تفرق عن صرف الدراهم لا تتعين
عينا كانت او دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك
سواء واما قال عن زفر لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلثة وكذا تفرق الثمن في باب الصرف
مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمة سوى الثمنين وليس احدهما اولى بكونه مبيعا فيجعل
كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز
كما فعلنا في المقايضة اعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه مبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع و
ان كان كل واحد مبيعا حقيقة قيل لا نسلم عدم الاولوية فان ما دخل الباء اولى بالثمنية واجيب
بان ذلك في الاثمان المجملة كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا
في الذمة لا في الاثمان الخلقية قوله وليس من ضرورة كونه جوابا عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا
وجب ان يكون متعينا فانا كونه مبيعا لا يستلزم التعيين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس
بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك
فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح واجيب بان الدراهم
والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبرا مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا
قبله فلا يشترط وجوده قبله قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف
علاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لفوات عم الذهب بالورق ربوا الا
هاء وهاء وهو المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا خلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم
يعرف المتعاقدان قدرها وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد
شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق والنبوي لم يرد المماثلة في علم
الله لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد فان وزنا في المجلس تساويهما
كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ما في المجلس
كساعة واحدة وقال زفر اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط

هو المماثلة والفرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما قال
ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة بالجمع بين النقدين وغيرها في البيع لا يجوز التفرق عن كونها
صرفا عما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف
مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد عن الفضة لان قبض
حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض عن الجارية ليس بواجب ولا معارضة
بين الواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان بالواجب تفريعا للذي
كما اذا ترك سجدة صلبية وسهوا ايضا ثم اتى بسجدتي السهو وسلم تفرق احد سجدتي السهو الى الصلبية
وان لم ينوها يكون الاتيان بها على وجه التحية وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فانقد
عن الطوق لان الاجل بالحلول الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالها المباشرة على وجه الجواز و
كذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فانقد من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما جاز البيع
وان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح بذكرهما فكذلك لان
الاشتباه قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان من احدهما
فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال عن الحلية خاصة فلا كلام فيه وان قال عن السيف خاصة
وقال الآخر عن الاول تفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان التعيين بالاستحقاق عند المساواة
في العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح من النقد قوله ان المدفوع عن السيف فان لم يتقايضا
شيئا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك
لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع والسقف وان كان يتخلص بلا ضرر
جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية قوله وهذا اذا كانت
الفضة المفردة بعد الثمن ان بدنها فيه ايراد البيع تعميم للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن
مائة فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام الاخر وهي اربعة الاول ان يكون وزن
الفضة المفردة ان بدنها وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والثاني
في مقابلة الغير فلا يفضي الى الربوا والثاني ان يكون وزن المفردة اقل والثالث ان تكون المفردة اقل
ربوا لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان تكون المفردة اقل
وهو واضح والرابع ان لا يدرى مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتدهم
الفضل خلافا لزفر قوله وفي الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حاكم
بجوازه والجواب ان ما لا يدرى يجوز في الواقع ان يكون مثله وان يكون اقل وان يكون
زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعارض جهتا الفساد فترجحت واعترض بان كل جهة منهما علة
للفساد فلا يصلح للترجيح والجواب شمس الائمة الكردري بعد ان مراده انه اذا كان احدهما يكفي لكل
فما ظنك بهما لا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما نحن فيه الشبهة في الحقيقة قال

ومن باع اناء فضة لم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض
وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض عنده وصح فيما قبض واشترطا في الاناء لانه صرف وقد وجد شرط بقاء العقد
في بعض دون بعض ابي يوسف صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء
على الجواز فكذا الفساء طارئا فلا يشيع لانه على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان
تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون
مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة قال ولا يستحق بعض الاناء اي ولا يستحق بعض الاناء
في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الاناء تعيب بعيب
الشركة اذا الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض فان ذلك يفوت منفعة فيتخير
كما في صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق قبل القبض قال وان
باع قطعة نقرة المراد من النقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة
العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة لم يستحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لان
الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يفوت بخلاف الاناء قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس
بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكر شعير وكر حنطة
والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليه الصفقة فلا بد في صرف الجنس فيها والمبادلة
بصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تحقيقا لخلافا لهما قالا ان في الصرف الى خلاف
الجنس تفريق الصفقة لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية الثمن بل الانقسام على الشيوع لا على التعيين
ومعنى الشيوع هو ان يكون كل واحد من البدلين خلفا من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع
فانه اذا اشترى قلبا او سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب
وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد آخر فبلغ ثمن بالف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بالف
وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز
وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض
فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة
الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة
يحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائزا لارادة ينبغي ان يكون مرادا اما انه جائز لارادة قلنا لان كل
مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كر حنطة بكر تبعا فسد لان الكر مقابل الكر وفضل الآخر واما وجوب
ان يكون مرادا فلانه لم يوجد متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ولئن منع تعينه لذلك بامكان
ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة
الدينار الآخر قلنا هذا غلط لانا ما الانا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على الوجه كان على

ان فيما

ان فيما ذكرتم تغيرا انه كثيرة وما هو اقل تغيرا منعتم والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف
الجنس تغيرا نفرقه ان يقال فيه تغير وصف التفرق اوصاف والاقل مسلم ولا نسلم انه مانع عن الجواز والثاني
ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل عند بقاء الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع
نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يصرف الى نصيبه تصحيحا للتفرقة وان كان في ذلك تغير وصف
التفرق من الشيوع الى معين لما كان اصل التفرق وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم اجاب عن المسائل
المستشهد بها اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب
ولا يخفى ان يكون مراده انه تغير في الاصل او غير ذلك فان كان الاول فلم يبينه وان كان الاول
فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغير العقد
من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما هنا ذكر المرابحة
فالتغير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متغير
لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع بما قد باع قبل
نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى المكاتب والمكاتب ليس بمحل للبيع والمعتق حتى
والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وقد حالة البقاء بالافتراق بلا
قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد وهو في الابتداء صحيح قال
ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال
الربوية وفي هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف
التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة
حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد قال ولو باعه بفضة
ولو باع عشرة دراهم وثوبا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون من ماليته اولا والاول اما ان يبلغ بقية الفضة
او لا فان كان مما لا قيمة له كالكلب مثلا لا يجوز البيع لان زيادته لم يقابلها عوض فيتحقق الربوا وان كانت
قيمته تبلغ كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم يبلغ فهو جائز مع الكراهة كما في زيب او جوزة او
بيضة والكراهة اما لانه اختيار لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة او اخذ الزيادة بالحيلة واما لانه
يفضي الى ان يألف الناس تناول الربا فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل في المسئلة المتقدمة مشتملة
على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار
الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا يزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون
قيمته عشرة دراهم والحق ان السؤال ساقط لان الكراهة انما هو لاحتمال سقوط ربوا الفضل وهو لا يحقق
في المسئلة المتقدمة لان الظاهر من حالها ارادة المبادلة على هذه المسئلة فان ارادة المبادلة
بين حنطة من زبيب وفضة زائدة ليست بظاهرة قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة ينبغي
ان يبيع النقد بالدين وهو على ثلاثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان

سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة
التي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمته من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار عاقبة ما
في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي وشرط
قبض الآخر احترازا عن الربوا فلا يكون بقبض احد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك لان الدين
وهو معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا المعدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله هو العشرة سقط عن بايع
الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر لا احتراز
عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخلاف عاقبته وان كان مقارنا بان الحلف
العقد ولم يضف الى العشرة الذي عليه وقع الدينار فاما ان يتفاضلا او لا فان كان الثاني لم تقع المقاصة
ما لم يتفاضلا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس يأبى ذلك وبه قال زفر
رحمه الله لانه استبدل ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان
انه يجب بهذا العقد ثم واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق
لقوله عليه السلام يدا بيد والدين بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين
العين والدين لان بدل الصرف وجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنه اذا اقدما
على المقاصة بتراضيهما لا بد منه من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فيجعل المقاصة متضمنة
لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه جزء اذ لولا ذلك كان يستبدل الا ببدل الصرف
وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهذا ذلك لانه لما فسخ اصل العقد وكان
لكنه تغير وصف العقد مع بقاء اصله بالحرية الاولى وهو نظيرها اذا تبايعا بالفلوس بالفلوس وخماسة
وفيه بحث من وجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت
اذا اضيف العقد الى الدين السابق لكن ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه
لا يبطل به المقتضى واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة
الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ لمقاصة وجب قبض الدينار بحكم الاقالة
لان الاقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول بما اشار اليه المصنف وفي الاضافة الى الدين
يعني المعدوم يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه وعن الثاني بان المقاصة تقتضي قيام العقد وهو
موجود لانها ابطلا عقد الصرف صار كانهما عقدا عقدا جديدا فتقع المقاصة به وعن الثالث
بان الاقالة ضمنية تثبت لا من المقاصة فجاز ان لا يثبت بمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رحمه
حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له وجه الفساد فان قيل لم ترك المصنف
الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي انه قال لرسول الله عليه السلام اني اكون ببلدة
بالبقيع الى مكة بالدراهم واخذ مكانها دينارا وقال بالعكس فقال صلى الله عليه وسلم لا باس بذلك اذا
افترقتما وليس بينكما عمل والجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان

العقد

العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزم وان كان لاحدهما ان اشترى دينارا بعشرة
دراهم وقبض الدينار ثم ان مشتري الدينار باع ثوبا من بايع الدينار بعشرة دراهم ثم ارادا ان يتقاصا
ففيه روايتان في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها فخر الاسلام وقاضي الاسلام والمرغيناني اصح الروايتين
تقع المقاصة وفي رواية ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضي خان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والتقاص
جوز المقاصة لا دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة تضمن انشاء
الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود
من الجواب عن السؤال الاول وبهذا يندفع ما يرد كما ترى الا اذا اضيف ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة بين
العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقرر هذا الوجه ان الدين لا يتعين
بالتعيين كما تقدم في المطلق والمقيد من سلم وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق
فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف ويقال المراد بعدم تعيينهما
موجبي عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن عدم المجانسة
بين العين والدين السابق وانما المجانسة بينهما وبين الدين المقارن وهذا اوضح قال ويجوز
بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المغلوبة التي في الغلة من قبلها او لمسوحها او جبة
فيتراضيا بينهما المال لا لذاتها بل لكونها فلوسا ويأخذها التجار درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهم صحيح ودرهم
غلة جاز لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلصدور عقدهما في محله مع وجود شرطه وهو المساواة
واما الثاني فلفقد المانع ان تصور هذا فهو الجواز وهي مسألة الصرف عند المقابلة بالجنس قال واذا
كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا يخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في
الرصاص والثاني كما في الخلط للانطباع فانها بدونه ينتفي فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المطلق المعلوم
لا مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الذهب
والفضة يعتبر فيهما ما يعتبر فيهما من التفاضل والتساوي فلا يجوز بيع الجيد بالرديء ولا بيع بعضها ببعض الا
الا متساويا في الوزن وان كان الغالب عليها الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان
فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقل او لا يدري
فالبيع فاسد وان كان اكثر صح وهي الوجه المذكور في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا
جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي لا حكم لفضة وضعف قوة ولكنه صرف جوازا عاقبة اذا صرف الجنس الى
خلاف الجنس لم يكن صرفا فلا يشترط التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلافه جنسه ضرورة
صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس
لوجود الفضة من الجانبين واذا اشترط القبض والفضة يشترط في الصرف لانه لا يتميز عند الابصار ردي
وهذا يشبه الحال الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رحمه الله ومشايخنا يريدون به علما
حاوره التصرف يفتوا بجواز ذلك بعض التفاضل في العدالي والقطارفة اي الدراهم الظرفية وهي المنسوبة

الى غلم يزيد بن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل موخار هرمز الرشيد لانه اعتزا الاموال
في ديارنا فلو ابيع النقاضل فيه اي لو افتي بانه تدرجا الى الفضة والذهب بالقياس ثم المعتبر في المعاملة
بها المتعارف فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعدد فبالعدد
وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليها ثم ما دامت تروج تكون اثمانا لا يتعين
بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين
بالتعيين كالرصاص والسرقة فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم
كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع
يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي جرى فيها معاملة الناس من المشار اليه وان كانت بقلبها البعض
ومن البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع خاصة لانه رضي بجنس
الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضا بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت
قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يبطل وعليه قيمتها اكثر عند
ابي حنيفة يوم البيع وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها والمصنف اكتفى بترك الناس المعاملة بها ولم
يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه العقد وتفرع عليه المسائل ان عدم الرواج انما يوجب
فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا وسقي البيع بلا ثمن واما اذا كانت لا تروج
في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء
اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكره في العيون
يستقيم على قول محمد واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفي بالكساد في تلك المدة بناء على اختلاف
في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا
لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا التفصيل ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه
في محل من غير مانع شرعي الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفسخ كما اذا اشترى با
لرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف وجب القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد
قيمته يوم الانقطاع اي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولابي حنيفة ان الثمن
يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة
بها بطل واذا بطل الثمنية بقي مبيعا بلا ثمن وهو باطل لانه لا يتعين تناول عينها وهو باق بعد
الكساد وهو مقدور التسليم لا ان نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة
فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم
المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع
قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب موجود
الوصف العام الذي غالبا فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر

الى ان

الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول
الى عينها في ثاني الحال لان الكساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله فلا ينتقل عنه واذا بطل البيع
فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده
بعينه وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله وان كان قيميا وجب رد
قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المص
بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وان كان صدر البحث في الكساد وانما اذا غلب بازدياد القيمة
او نقصت القيمة بالرخص فلا عبرة بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار
الذي كان وقت البيع قال ويجوز بيع الفلوس البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم
اي معلوم قدره ووصفه وانما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف او الا
اشارة اليه ثم انها اما ان يكون نافقة او كاسدة حالة العقد فان كانت الاولى جاز البيع وان لم
يتعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عينه بل هو مخير بين ذلك
وبين دفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان كانت الثانية فلا يجوز البيع بها من التعيين
لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه وكساد الدراهم ٥٥
المغشوشة قبل نقدها عند ابي حنيفة يبطل البيع خلافا لهما قال الشارح هذا الذي ذكره القدوري
من الاختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس
في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلثة فاكثر وانقل الكتب المذكورة وليس فيها سوى السكوت
عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت
قبل القبض يبطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليم والعقد لا
يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع وانه وهذا يظاهر قوله عندنا
وان دل على الاتفاق فكثير الدليل المذكور لزفر فيه لانه دليله في كساد الدراهم المغشوشة
حيث قال الكساد لا يوجب الفساد فجعل مقدارها هنا يفتقر الى التحكيم الا اذا المراد معنى فقر يعتمد عليه
في الفرق بينهما ولم اظفر بذلك قال ولو استقرض فلوسا فكسدت اذا استقرض فلوسا
فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابي حنيفة لانه اي المستقرض المثلي اعارة كما ان اعارته قرض وموجب
استقراض المثلي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانقطاع
لذا يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين
حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز فان قيل كيف
يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية اجاب بان بمعنى العين ان لو رد مثلها حال كونه نافقا
اجاب المص بان الثمنية فضل في ابي القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية ومعناه ان
الثمنية ومعناه ليست عين القرض وهو ظاهر لا لازما من لوازمه فجاز ان ينفك القرض عن الثمنية

وبجعل الاستقراض من جنس كونه من ذوات الامثال الا ترى ان الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون وعدد
متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال لان دخلها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك
بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما
يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المجرد عنها في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا
استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر قبل واصل الاختلاف
يعني بين ابي يوسف ومحمد في من غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف يجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم
الانقطاع وسيجيء وقول محمد انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابي حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر
بالمقرض وعلى قول ابي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك ان لا قيمة يوم القبض اكثر من قيمة يوم الانقطاع
وهو ضرر بالمستقرض وكان قول محمد انظر للجانبين وقول ابي يوسف ايسر لان قيمة يوم القبض معلومة
للمقرض والمستقرض وساير الناس وقيمة يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله
ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس
يعني ان ذلك النصف من الدراهم فلوسا لا نقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه
الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس درهم او بقيراط فلوس وقال زفر
لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم وانق وقيراط حصة موزونة وذكرها لا يغني
عن بيان العدد فيبقى الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز ولنا فرق المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم
من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن ذكر العدد واذا زاد على الدرهم جزء ابو يوسف بناء
على كونه معلوما وفصل محمد بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز فيما دون الدرهم خاصة لان العادة الجارية
بالفلوس فيما دون الدرهم وكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف لا سيما
في ديارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف قال ومن اعطى صرفا درهما
تلك مسايل الاولى اذا اعطى درهما كبيرا وبقدر اعطى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اردرهما صغيرا وزنه
نصف درهم كبير الاحتياج جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا
مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الاحتياج وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي يوسف يبطل في الكل
لاتحاد الصفقة وفوت التساوي لكونه بيعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعيان
الكتاب تدل على انه لا فرق عن ابي يوسف والثانية ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان
العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانه عقدان وفساد احدهما لا يجوز فساد الآخر كما لو قال بعتك
بنصف هذه الالف عبدا وبنصفها دنانير الخرفان البيع في العبد صحيح وفي الخرفان سدوم يشيع الفساد لتفرق
الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المتطبب بن البجاني والشيخ الامام شيخ
الاسلام ان العقد لا يصح هنا ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني مساواة
وبتكريرها لا يتكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال لغيره بعت لا ينعقد

البيع

البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكريرها قيل والاول
هو الصحيح وهو اختيار المص والثالثة ان يقول اعطني بنصف درهم فلوسا وفي بعض النسخ فلوسا
بدل عن نصف ونصف الاحتياج جاز والفرق بينهما وبين الاولى انه لم يكرر اللفظ بنصفه بل قال لدرهم بما
يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاحتياج فيكون نصف درهم الاحتياج بمثله والباء بازاء الفلوس
قال المص وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني بنصف درهم فلوس ونصفا الاحتياج وهي
الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابو نصر الاقطع في
شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ

كتاب الكفالة عقب البيوع

بذكر الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب
ذكرها عقب البيوع التي هي معاوضة والكفالة في اللغة هو الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقرئ
بتشديد الفاء ويجب ذكر باء جعلها كفالة لها وضامنا لمصالحها وفي الشريعة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة و
قيد بالدين والاول احترز لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس والدين عند ابي حنيفة كما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة
بنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل لم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا
وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويصير الكفيل على الاصيل ولم يبرأ الدين عليه لما مالك كما قبل الكفالة
لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهب للكفيل صح فجعلنا الدين
عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم الدين وانما قيد ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين
قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا
والمضمون بها احضار المكفول وقال الشافعي لا تجوز لانه كفيل بما لا يقدر على تسليمه لانه ربما يأتي بمثله لا ينقاد له
ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واذا كان بامره فلما مر فالكفالة
لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امر بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من مال المكفول عنه
بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على ماله نفسه ولنا قوله عم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن ووجه الاستدلال
انه بالاطلاق يفيد مشروعية الكفالة بنفسها لا قوله عم مؤمنون الا الزام لانه عليه السلام حكم في صحة الكفالة
التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يغرم وهو موجود في الكفالة
بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتقرر به قوله ولانه يقدر على تسليمه جوابه عما قال الخصم كفيل بما لا يقدر
على تسليمه وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه قوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرته كما تكون
بحسية وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان الناس على ان قوله لا
قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا له قوله والحاجة ماسة استيثاقا
بعد منع الدليل لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء
حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا قال وينعقد اذا قال الكفالة
بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي ذلك على قسمين قسم يتعلق

عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفسه فللزم او بجسده او ببدنه وقسم بغيره عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه
وبراسه وبرقبته فان كلامها محضور صيغة خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمل بطريق العرف وكذا اذا اجر
يجزء شايع كنصف او ثلث لان الفرد الواحد في حق الكفالة لا يتجزى فان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها لا مر
في الخلاف من حيث اضافة اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بنفسك او برجلك لانه لا يعتبر بهما عن البدن
حتى لا يقع اضافة الطلاق اليهما وكذا بنعتها اذا قال نعمتك لانه تعرف بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي
لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه بمعنى علي في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته
ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل سوا اليتم والعيال من يعوله ان ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير
فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه او قبيل لان
القبيل هو الكفيل ولهذا سمي القبيلة قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون
المطالبة ولا كذا المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول الكرخي وعلى هذا معاملة
الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء
بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعلمه ما دراه لما بدعي فاذا علم ذلك
واستنع فاما ان يكون لعجز او مع قدرة فان كان الثاني حبسه الحاكم وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه
او لا فان كان الاول امره الحاكم بمتابعة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضر حبسه لتحقق امتناعه عن
ايفاء الحق وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك او لا فان كان الاول سقطت المطالبة
عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال وان كان الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه
وقال الطالب تعرفه فان كانت له حرفة معروفة يخرج الى موضع معلوم لتجارة في كل وقت فالقول قول
الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول
قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة اياه وقال بعضهم لا يلتفت الى قول
الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يعتبر عن اسقاطها عن نفسه
بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت
بالبينة بالثابت معاينة قال واذا احضره وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل المكفول به وسلمه
في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه هناك يكون قد برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس
هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فيبرئ الكفيل لانه ما التزم التسليم
الا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ
لحصول المقصود وهو القدرة على المحاكمة وقال شمس الائمة السرخسي المتاخرون من مشايخنا
قالوا هذا بناء على ما عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرئ بالتسليم
في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد الا على الاحضار في التقييد
بمجلس القاضي فيبرئ وان سلمه في بيته لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد

لعدم

لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه في مصر غير المصر الذي كفل به برئ عند ابي حنيفة للقدرة على المحاكمة فيه
وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهود هناك عنده فالتسليم لا يفيد المقصود والجواب ان شهود الحق يتوهم
ان يكونوا هناك عنده يتوهم ان يكونوا في الذي سلمه فيه فتعارض الوهمان وبقي التسليم متحققا من الكفيل على
الوجه الذي التزمه فبرأ وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضره مجلسا ما ليثبت الحق عليه او يأخذه كفيلا
وقد حصل وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالصدق فكان الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد
لامر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم الى ذلك المصر او في مصر آخر ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فيقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر
عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ وان كان غيره لم يبرأ لانه لم يقدر على
المحاكمة فيه ولا كذا في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه
عجز عن احضاره ولو كفله وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادرا على الاتيان
قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس
والمكفول به وهو بها او هو احدهما سقط لهما اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز عن احضاره
لانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل واما اذا مات الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به
بنفسه لا محالة قال فان قبل فالمؤدى الدين من ماله اجاب بان ماله لا يصلح لابقاء هذا الواجب وهو احضاره
المكفول له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل بالمال فان
الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ
من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره كما في حالة الحياة واذا مات المكفول له
فللورثة ان يطالبوا الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلورثته ان يقوموا بذلك لقيام كل منهم مقام الميت
قال ومن كفل بالاصالة ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه برئ لانه يفيد البراءة والكفالة
لتنكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب
عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكالنكاح
فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال في الهداية لانه موجب التصرف اي لان
دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدليل ذكرها
صريحا وليس بشيء لان الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اما ورد هذا النفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه وقتا
بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول ما لم يستوف حقي من المطلوب لا يبرأ الكفيل والكفيل
يقول له قد اوجب علي نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد التسليم لا يلتفت قول الطالب التسليم
كافي في قضاء الدين لان الكفيل يتبرأ نفسه بابتداء حق ما لم التزم فلا يتوقف على تعيين صاحبه فلو توقف

لربما امتنع من ذلك ابتداء لحق نفسه فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه
عن كفالته اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل فصار كتسليمه الكفيل لان المكفول به
مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل اذ المطلوب به فهو يبرأ نفسه عن ذلك بهذا التسليم
كذا اذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه
ومن جهة الكفيل فاذا صرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا ما ذكر في الهداية
من قوله لانه مطالب بالخصومة اي لان المكفول به مطالب بالخصومة فلا يكون تسليم نفسه تبرعا وفيه
نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه على الكفيل ليبرأ به لانه عنه جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان
يبرأ الكفيل وان لم يقل من كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم الكفيل ورسوله
لقيامهما مقامه كتسليمه قال ـــــ وان كفل على انه ان لم يوافه الى وقت كذا رجل قال ان لم اوافه فلان
الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف لم يجبر في الوقت المذكور من المال وافاه اي اتاه من الوفاء وفيه تعقيد
لما عليه وهو مفيد لانه لو لم يقل لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما وبقوله وهو الف
وهو غير مفيد لانه اذا قال فعلي ما لك علي ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها
على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما ادركت في هذه الجارية التي اشتريتها من دربك صحت وكذلك الكفالة
بالسمجة مجهولة مع انها لم تعلم اهل تبلغ النفس او لا ثم الحكم في هذه المسئلة شيئان احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف
الشافعي وفي الثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عندنا ويكفل به من المال بعد وجوب الشرط والدليل على الاول
قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا ظاهر لتصريحه بذكر كلمة الشرط
وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط متعارف وسند كذا ان تعليق الكفالة
بشرط متعارف صحيح فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة
لا يثبت في الكفالة بنفسه والتقرير ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا يخلو الا عما بينا من تسليم
او ابراء او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها وكيف
يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخرى وايضا لا يفضي الى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع وعورض بان
الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ووجوب البدل ينافي وجوب المبدل منه فكان حصار الكفالة واجب
بان بدليتهما ممنوعة فان كل واحد منهما مشروع للتوثق فاشتراط الكفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح
والوثيقة بهما اذ ذاك واجب بخلاف حصار الكفالة على الصحيح وفي الثاني نفي هذه الكفالة اي المعلقة بالشرط
لانه لا يصح تعليق الكفالة بسبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع لان لزوم المال بالعوض بالرجوع على
الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال في البيع لا يجوز فكذا هنا والجواب ان لا نسلم
ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لان الكفالة عندنا التزام للمطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه
البيع مطلقا او من وجه والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر
من حيث ان التزام شبه البيع يقتضي ان لا يجوز التعليق بالشرط وكلما شبه النذر يقتضي جواز ذلك واعلم

الشبهين

الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح والمطر ويصح بشرط متعارف عملا بهما
والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم
في ذلك اكثر من رغبتهم في تنجيز الكفالة بالنفس قال ـــــ ومن كفل بنفس رجل ومن كفل بالنفس
وقال ان لم اوافه به غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه غرم المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه
مسئلة الجامع الصغير وهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة في ان كلا منهما وجب المال بعدم الموافاة
بالشرط لكن هذه مقيدة بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت
وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما ترتب عليها من الكفالة بالمال
لكونها كالتوثيق لها كبدلها لا ثبت مقصودا ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت
الاولى بالابراء ينبغي ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت
المكفول به والا لزم ان يكون ما فرضناه تاكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلف بالمال والجواب الامام
فخر الدين بدون في فوائده بان الابراء بوضع تفسخ الكفالة والموت لم يوضع له بالابراء فتفسخ الكفالة من كل
وجه وبالموت تنفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس دون تنجيز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة لان
المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن هذا التسليم والاخرون الى القبول بانفساخها في حق
الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة التاكيد مقصودا
لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه نعم تاكيد كالكفالة فان قيل اذن ينفرد الكفيل وهو مدفوع قلنا
الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث تبرع باحضار المعنى ولم يستثن فان قيل لم يستثن
الاستثناء قلنا منه ان الموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها قلنا دعوى منه على خلاف الظاهر
لقوله في ان لم اوافه فلا يفيده في احضار غيره قال ـــــ ومن ادعى على آخر مائة دينار ومن ادعى
على آخر مائة دينار وبينهما بائنة جيدة او رديئة هندية او مصرية او لم يبينها حتى كفل بنفسه رجل على انه ان لم يوافه
به غدا فعليه المائة فطلبه فلم يوافه به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقال محمد ان لم يبينها
حتى كفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصفة لا تسمع دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة
وذلك لوجهين احدهما ان الكفيل علق وكالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد
قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا والاصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لاحتمال
انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعي عليه في الحال
وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابي منصور الماتريدي وهو كما ترى يقتضي ان لا تصح الكفالة وان
بين المال وبه صرح المص والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وحينئذ لا تصح الكفالة
بالنفس فلا يصح ما يبنى عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابي الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان
المال معلوما عند المدعي ولها ان المال كذلك معروف لانه قال فعلي المائة تنصرف الى ما عليه وكون نسبته
موجبة لمخرج من كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال

لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد رحمه الله وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية
وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا يأمر بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوى في مجلس القضاء دفعا
لجدل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين تحت البيان باصل
الدعوى وكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها وبتبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة
بالنفس والمال جميعا ويكون القدر قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة قال ــــ ولا تجوز الكفالة
بالنفس من توجه عليه الحد او القصاص اذا الحد حق كفيل بنفسه بان يحضر في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه
المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند الحبس وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا تجوز اجبار
الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجاز وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر في حد القذف
لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العباد لان للغائب فيه حق العفو
على الخلوص لما عرف ان القصاص مشتمل على الحيوة وحق العبد غالب وليس تقييد الجبر هنا الجبر بل الامر
بالملازمة بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد الدخول
يستأذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وان لم يأذن له بالدخول
يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول لان الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث
لا تجوز الكفالة بها وان طلبت نفس الكفيل به سواء اعطاه فلا دامة البينة او بعدها اما قبلها فلان
قبل دعوى احد لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا يسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر
فهذا لم يكن حق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل لا يجب به بحصول الاستيثاق فلا حاجة
الى اخذ الكفيل والى حبسه قوله ولا كفالة في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد محضا وبين ما هو خالص
حق الله تعالى قيد هذا من كلام شرح الامام الكلام البيتوم ذكره الخصاف في كتاب الوصايا عن شريح قال وقال
الصدر الشهيد الامام الكبير القاضي وهذا الحديث مرفوعا الى رسول الله عم الا يبنى الحدود والقصاص على الدرء
فلا يجب فيها الاستيثاق بالكفيل قال فيه حد بالقاف شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحد اقرب
من اخذ الكفيل اجيب بان الحد للتهمة لا للاستيثاق عليه في سائر الحقوق لانه لا تندرئ بالشبهات
فيليق بها الاستيثاق لها وفي التعزير قد محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت مع الشبهات
بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل لها في الاموال ولو سمعت نفسه
اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف جاز بالاجماع
لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس واجب فيطالبه الكفيل ويتحقق معنى الكفالة
وهو الضم والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين قال ــــ ولا يحبس فيه
حتى يشهد شاهدان لا يحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيها اي في حد
القذف والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي يعرف الحاكم
كونه عدلا لان الحبس هنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة

تثبت

تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب
الديانات والديانات تثبت باحد شطريها وقد روي ان رسول الله عم حبس رجلا بالتهمة بخلاف
الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا تثبت الا بحجة كاملة وجاء الفرق ان ما كان الحبس فيه اقصى
عقوبة كما في الاموال اذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة
وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل والقطع او الجلد جاز الحبس
قبل ثبوته للتهمة ولهذا لان يقطع الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة بناء في الدرء بالشبهات والدرء ثابت
بقوله عم ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فيتبع الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب عنه بان
محل قوله للتهمة على ان المراد اتهام الحاكم ايضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مأمور به والترك والتهاون
حرام لافضائه الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه الحاكم
اتهم بانه متهاون في ذلك وموقاد في عدالته والاتهام اذا اتهم بالتهاون في ذلك وقوع تعليل للجواز حيث لم يكن
اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم والحبس النبي عم لذلك وقوع تعليل للجواز حيث لم يكن
صلى الله عم ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحبس للدرء هذا والله اعلم بالصواب وذكر في كتاب
ادب القاضي لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما وعند ابي حنيفة اخذ الكفيل لما جاز عندهما
جاز ان يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقد مضى كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين
في رواية الحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك
خفاء لا يخفى قال ــــ والرهن والكفالة جائزان في الخراج اول هذه المسئلة مهما لما عسى يتوهم
ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي دينا
مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه الاجل فصحت
الكفالة عنه وانما قيد مطلقا يعني في الجنس والماهية احترازا عن الزكوة فانها يطالب بها اما في الاموال
الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فلان كلها كونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانه
غير مطالب بها بعد الموت والمال الرهن قد يتعلق الكفالة استطرادا بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين
مطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الجنس والماهية تصح به الكفالة بالاشتراك
ولوجود ما شرع الكفالة لاجله وقوله ممكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانه يعتمد امكان الاستيفاء
كذلك قد يتعلق الجانب الاستيفاء فترتب موجب العقد الرهن والكفالة عليه قيد في كلام المص لزوم
مشوش ولا بعد في قصد ذلك قال ــــ ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه فعدم الكفيل عن شخص
واحد صحيح كفلوا جميعا او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل في ذمته
الى ذمة الاصيل المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كانه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا
ان ابراء الكفيل لا يرتد لرجوعه الى التزام حق له الطالب على الطالب ويتعلق بالمال المغصوب بشرع
الكفالة التعلق وبالثانية يزداد التعلق وما يزداد به الشيء لا ينافي ثبوته فلان المقتضي لجواز موجودا

والمانع منتفيا في القول باشتراطه قولا بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لانا انما صححنا لنزداد الوثيقة
فلو برأ الاول جاز ذلك الا ما نقض لما فرضنا زيادة لم تكن زيادة هذا خلف بالحال وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل
الاول لان التسليم انما وجب على الكفيل فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهذا بناء على اصل ان
الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك عجز الحقيقة اللغوية والاصل
موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وقال بالحال ثم اذا سلم احد
الكفيلين نفسه الى الطالب برئ دون صاحبه قال وتنعقد الكفالة بالمال بجائزة لما فرغ من الكفالة
بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت
عنه بما لك عليه او بما يدركك لان هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع
فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به بسببه وغيرها بعد ان كانت متعارفة قوله وعلى الكفالة بالدرك
بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان با
لمجهول لا يصح لانه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع ولنا ان الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو
ضمان بالمجهول وصار الكفالة بما يجهل كالكفالة بنتيجة اي نتيجة كانت اذا كانت خطاء فانها صحيحة وان
كان مجهولا لاحتمال السلامة والانتصار وانما قيد بالخطاء لانها اذا كانت عمدا او قد سرقت وكانت النتيجة بالة جاز
فانها توجب القصاص والكفالة به لا تصح والما ذكر ذلك لان كلامه لم يخل الى التقييد به وشرط ان يكون المكفول به
دينا صحيحا وفسره بان لا يكون بدل الكفالة به لانه لا يسمى دينا صحيحا اذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من
جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لا يقدر على استيفائه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك
لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيز نفسه وقيد لان المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه
به قال والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه الاصل اي الدين ويسمى
الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا
التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة تضم ذمة الى ذمة والمطالبة وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراءة عنها
الا اذا استلمت البراءة فتصير حوالة اعتبارا للمعنى لان الحوالة بشرط ان لا يبرأ المحيل يكون كفالة فعلى
هذا له ان يطالبهما جميعا جمعا ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين ان الغاصب وغاصب الغاصب
فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختيار احدهما يتضمن التمليك اذا قضى
القاضي بذلك فلا يمكن من التمليك من الآخر اما المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمليك قال ويجوز تعليق
الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملايم مثلا ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا كان المبيع
او لامكان الاستيفاء مثلا ان يقول اذا قام زيد وهو المكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب
عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئا او ان حل مالك عليه ولم يوف به فعلي لا يجوز بشرط يتراخى عن الملاء مثل
كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقد يكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب
الريح والمطر لقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وان به زعيم فان مشايخنا رحمهم الله علقوا الالتزام بالكفالة

بسبب

بسبب وجوب المال وهو الجعل بصواع الملك وكان ذلك بامر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا
شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال الخصم البعض
الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة له فهو كقول ابن عبد من
جاء بك فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما يكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني
ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم
حقيقة في الكفالة والعمل بها اولى اما اكثر واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي للعيران الملك
يقول لمن جاء به حمل بعير وانا زعيم بذلك فيكون ضامنا من مناد الملك لا عن نفسه فتحققت حقيقة الكفالة
وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز
احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول
عنه وجهالة المكفول له فان الاولى لا تمنع الجواز اصلا والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله
تكفلت بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا قال والجواب ان الاولى منصوص على
جوازها قال الله حمل بعير وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقا والثانية انما تمنعه
لاجل الاضافة لا لجهالة فان الكفالة مضافة الى المستقبل بناء على القياس جوازها على ما بيانه وانما جوزت
استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه
مطلقا لان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق
والعتاق حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كان بمنزلة البيع في حق
الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع غلاف جانب
المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا هو المدعو بقوله على ما بايعت
قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح تعليق الكفالة بوجوب البرق ومجيء المطر كذا لا يصح جعلها
اجلا للكفالة فهو كلامه ذكر من وجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز
الكفالة مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوف على قوله فما لا يصح كيف يكون تعليقا
وكذا لا يصح اذا جعل والجواب اما ان يكون فعل يصح هو التعليق او الكفالة اذا لم يذكر الثاني والاول لا يجوز
اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا انه تصح الكفالة
الثالث ان الدليل لا يطابق المدعى لان المدعى بطلان الجامع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها
بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانه بنطلان الشرط المحض وهو
اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان جاء ملا الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بها والمجموع ينتفي
جزئه لا نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة لا تنتفي الكفالة بانتفاء الاجل عن الاجل المعلق
نفي اذا التعليق يخرج العلة عن العلية لما عرفه في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه
انتفاء معروضه وقد تقدم الصرف ما يقاربه ان كان علي كذا منك وعن الثاني بان قوله يصح المنذر

وهو الاجل وتقديره ولما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا اجل كل واحد منهما اجلا من الثبات المراد بالتعليق
بشرط الاجل مجازا بقرينة قوله ويجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تعجيلها باجل متعارف لم يبطلها الاجل
الفاسد كالطلاق والعتاق ويجوز المجاز عدم الثبوت لا الحاق كل واحد منهما فان قال تكفلت بمالك
عليه فقامت البينة بالف ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه
ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به وان لم يقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه لاحتمال
به لانه ينكر الزيادة وان كان القول قوله لانه مقر بحق لزمه فصار كما اذا اقر بشيء مجهول وان كان مع يمينه لان
من جعل القول قوله فيما كان موجبا فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال واليه
اشار بقوله لانه منكر للزيادة فان اعترف للمكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على الكفيل لانه اقرار على
الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كما لو بين اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه
ولا يصح في حق غرماء ديون الصحة حيث يقدمون على المقر له حال المرض قال ويجوز الكفالة بامر المكفول
عنه وبغير امره الكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره سيأتي في الجواز لان
الدليل الدال على جوازها وهو قوله عم الزعيم غارم واشباهه لا يفصل بين كونها بامره او بغيره ولان الكفالة
التزام ان يطالب بما على الغير فالملتزم في حق نفسه وكلامنا هو تصرف في النفس فهو لازم اذا لم يتضرر به غيره
وغير المتضرر هنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانما
يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند الامر فاذا لم يأمره لم يتضرر وان امره فقد رضي والضرر المرضي غير مضار
فتبين ان الكفالة بنوعيها انما يتضمنها المنتفع مع انتفاء المانع وكلامنا هو كذلك فالتفريع ان واجب
ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره وقضى دين غيره بامره رجع عليه ولا ينتقض بما
اذا كان المكفول عنه صبيا مجنونا عليه او عبدا كذلك وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي اصلا وعلى
العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره ادع عني زكوة
مالي او المغرم عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الامر على ان خاصا من
لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع
باداء والمتبرع لا يرجع وقال مالك الكفيل اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء
ملك المال من الكفيل واقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصل والجواب ان تعليك الدين من غير
من عليه الدين لا يجوز فاذا كفل بامره فتشغل الكفالة لما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للعهد للكفيل على الاصيل
ولكن يؤخر الى اداء وهذا لا يكون عند كفالته بغير امره فقوله رجع بما لا يراد اعلم ان الكفيل يملك المكفول به مع
قضاء من الاداء الى صاحب الدين ومن هبته اياه ومن ابرائه له ومن صلحه اياه على جنس آخر فاما القضاء الاول
فعلى نوعين احدهما ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما ضمن والثاني ان يكون ادى خلاف
ما ضمن كما ادى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد ويجوز له ذلك او بالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى
قال المص لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا

من نزل

من نزل منزلته وقاس ذلك على قضاء الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل
فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى قضاء الابراء وهو ان يبرئ المكفول له ويبرئه بملك الدين ويرجع
بما ضمن لقيامه مقام الطالب وفيه بحث من وجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير
من عليه الدين اذ الكفالة هي ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني ان الهبة والابراء الملكي واحد لا تعدد
فيه وهو ما ضمن واما في الاداء فخلاف ما ضمن فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به
فيما تعدد اعني ما ادى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من عليه
الدين يصح استحسانا اذا وهب واذن له في القبض فقبضه وهذا من ذلك اما الصحة لانه تمليك ما لا يقدر
على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجه من الكفالة وكله بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وحينئذ يكون
تمليك الدين من من عليه الدين وهو حاصل والثاني ان الكفالة هي ذمة الى ذمة والمطالبة اذا لم يكن هناك
ضرورة واما اذا كانت فيجوز ان يجعل الدين وهبنا قد وجدت الضرورة من الهبة موضوعة لذلك
ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك لان له ولاية
نقل الدين اليه باحالة الدين عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفها ولهذا يرتد الى الزوج بيع
ابراء الدين وهبته له في ان الابراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق و
الطلاق فكونه مؤنة بوجب المطالبة وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا
مقدورا التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فلست الحاجة الى نقل الدين ليصح التمليك والتمليك
يرتد بالرد وقالوا وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل لان الشبه انما هو لانزال الكفيل
منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطالب الا ما ضمن له فكذا من
نزل منزلته وقاس على ذلك صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس عليه دين وادعى المحال عليه
ذلك بخلاف ما ضمن فان المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب
قوله بما ادى في الحوالة قيل يريد به حوالة كتابة المنتهى قوله على المأمور بقضاء الدين جواب دخل تقريره الكفيل
لا يرجع الا اذا ادى بامر المكفول عنه وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما ادى فكذلك
الكفيل وتوجيهه ان يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الآمر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملك الدين
بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبار ما قاله ادى
الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بما دفع الجياد لان الاداء المأمور به لم يوجد وان امكن فكذلك
لان الامر لم يوجد على وجه الزيادة فكان جنسا بها وعلى هذا قوله رجع بما ادى بالخلاف في شيء وانما اذا
صالح الكفيل رب الدين وهو على نوعين احدهما ان يصالح على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة
وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على
ما نذكره والثاني ان يصالحه على جنس آخر وفيه تمليك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي قال وليس
للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي الكفيل بالمال ليس له ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يؤديه عنه لان الموجب

للمطالبة هو التمليك وهو لا يملك قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان
الموجب قد وجد حقيقة حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا
في مقدار الثمن وللوكيل ولا يجب للمشتري عن الموكل لاجل الثمن كما لبايع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز
المطالبة قال ـــــ فان لزم بالمال اذ لو زم الكفيل له ان يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه
مثلا الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه بهذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبسه كان له ان يحبسه
اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي ليس له ذلك لانه لا يتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء وقلنا هو
مورطه فعليه الخلاص واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او تجوز في دينه برئ الكفيل لانه ابراء الاصيل وابراء
الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجوب الدين وقد سقط بالابراء فلم يبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر
ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتفت بانتهاء علتها وقوله
في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ يوجب اصل الدين في ذمة الكفيل ايضا على ما تقدم ولا يتوهم ان على
ذلك القول ابراء الاصيل لا يوجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع وتعليله بان الكفالة لا تكون الا
بما هو مضمون على الاصيل بالاداء او الابراء فيسقط على الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع
وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منتقض
بما اذا اشترط براءة الاصيل في الابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل
قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل براءة الكفيل واذا اشترط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة
لم يبق هناك كفيل بل البائع اذ ذاك محال عليه ولم تتحقق براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرأ
الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب
سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب او بدون الكفيل جائز الا ترى انه لو مات
الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لا يكون
تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤقت ثم بان هذا
الاعتذار مع عدم التساوي وهو بالحال الا ترى ان الكفيل لو ابرأ الابراء المؤبد لم يتوهم الابراء وسقط
عنه المطالبة ولو ابرأ الابراء الموقت انتدب الى ادائه ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شيء
بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا انتفى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول
بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الاخر ما ذكروه ان الابراء المؤبد اسقاط محض فوجد الكفيل لا
تعلق فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد واما الابراء
الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد بخلاف
ما اذا كفل بحال ان يكون جوابه دخل تقريره لا نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن
الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط التاخير في
ابتداء الكفالة ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم يثبت بعد

تعتبر

تعتبر تاخيره واذا كان تاخيرا لاصل الدين وهو ذمة الاصيل تاخير عنه وعن الكفيل جميعا اقامهما اي اذا
اخر بعد الكفالة فان كان لتاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة لا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين قال ـــــ فان
صالح الكفيل رب مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بجنسه على اربعة اوجه وهو ان يشترط براءتهما
جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل خاصة او لم يشترط شيء من ذلك ففي الاول والثاني براء جميعا وفي الثالث
براء الكفيل عن ضمانه لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء
اخذ ضمانه من الكفيل وضمانه من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي الرابع
وهو مسئلة الكتاب بان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على ضمانه ولم يزد على ذلك برئ جميعا عن ضمانه
لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته
توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برئا جميعا عن ضمانه باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه اوفى هذا القدر
بامره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان صلحا لا اسقاطا لاصل الدين فيأخذ الطالب ضمانه
من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى مصالحة اياه بخلاف الجنس فذلك لاصل الدين
منه بالمبادلة فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم غريم الدين من غير عليه الدين وذلك لا يجوز
واجيب بانه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الذمتان بدلا من الدين ويكون غريم الدين ممن عليه الدين
ويكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل بخلاف ما اذا
صالح على ضمانه حيث لا يمكن ان يكون ضمانه بدلا عن الالف لكونه دينا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة
مشروطة له وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرأ عن ضمانه ويرجع الكفيل على الاصيل بضمانه اذا كفل بامره
لما ذكرنا قال ـــــ ومن قال الكفيل خذ المال ذكر هنا ثلاث مسائل تتعلق بالابراء احداها ما ذكر في
ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب والثانية ان يذكر ابتداء هما من الطالب والثالثة
بالعكس فالاولى ان يقول الكفيل خذ المال بامره مالا قد برئت الي من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكرنا
ان البراءة التي يكون ابتداؤها من المطلوب الى الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فكان
بمنزلة ان يقول دفعت الى المال او قبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من
الكفيل ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل والكل
لرب الدين ان يطالب ما شاء من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط
فلا يكون اقرارا بالايفاء وهما تان بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد
اختلف فيه قال محمد رحمه الله هو مثلهما يقول ابرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية
اولى مما فيثبت قوله ولا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا آخر ووجهه ان يقال ثبت لحصول البراءة
باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع
فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف هو مثلهما يقول برئت الي لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب فاذكر
حرف الخطاب وهو الى وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو في

نحن فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فاما
البراءة بالابراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو حنيفة مع ابي يوسف احدهما انه في هذه المسئلة وان المصراختان
فاخذه وهو اقرب الاقاويل في المصير اليه اولى وقيل لا جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يدعو الى البيان اليه
لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا فالاستدلال على الوجه المذكور واعترض بوجهين احدهما ان المجمل لا يمكن
العمل به الا بالبيان من المجمل وقد ظهر مما ذكرنا ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا
قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون عملا مع انتفاء لازمه واجيب بان
قوله بريئ الى وان كان بمنزلة العتق في حق ايفاء الكفيل وبقي الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح
فيه بل هو في الاستعمال بان يقال بريئ الى لاقي ابرائك وان كان بعيدا عن الاستعمال وما ذكرنا في تعليل الاوجه
الثلثة استدلالي لا مرية في الايفاء وغير الايفاء فكان العمل عند العجز بالعمل بالنص فاما امكن العمل بصريح
البيان من الطالب لا ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته على المراد وكونه غير صريح في
الايفاء والابراء هو الذي يستوجب استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون
العمل به عملا بدليل لا يشتبه فيه وهذا تطويل الاطائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان
المراد المجمل اللغوي وهو ما كان فيه ابهام فالحق اذن ما ذكرنا فاما ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريئ من الكفالة لا يجوز
لانه ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءة والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض وربما
لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بريئ من المال فوافاه من الغد فهو بريئ من المال فقد جوز تعليق
البراءة عن الكفالة بالمال عوافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح وتروى انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان
على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالمال بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط
المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا
محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد وهو لانه غير متعارف فيما بين الناس كما
يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان شرطا فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة
به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح وان للطالب فيه نفع لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض وله
تعامل الا ترى ان صاحب الدين اذا قال لغريمه ضمانه على اني ابرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة
عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز
على ما بينا فاما وكذا حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به وكذا بدل ما لا يصح الكفالة
ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لان اعلان الحق او حبس الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا وعبر عنه بعدم
الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحدود والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء
منه لان الاستيفاء يعقد الايجاب عليه وهو متعذر اذ الرجوع عليه اما ان يكون اصالة والغرض خلافه او
نيابة وهي لا تجري في العقوبات فان قلت المفهوم من الزجر هو الاقامة على الذنب لا الحمل فيه تشكيك

وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل او لغيره فان كان الاول فقد حصل المقصود
لانه يرتدع المتهتكين يعلمون انه لا يجوز الى الجناية وان كان الثاني فقد حصل المقصود بالاقامة على الذنب هذا
في الحدود واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني في الحد
ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع او لي فانه لم يذكر لاحد منا خلاف في عدم جريانها في العقوبات
فيكون التشكيك حينئذ تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع فاما اذا كفل عن المشتري بالثمن
جاز الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون
ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى جواز
الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة لا تضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة
والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون
بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها اما ان يكون بدينها
او بتسليمها فان كان الاول نحو الكفالة بما يكون امانة او مضمونا بالغير ويصح بما يكون مضمونا
بنفسه عندنا خلافا للشافعي ففي هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان
هلك المبيع فعلي بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن لا بالمرهون لانه مضمون بالدين لا
بالوديعة والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز بالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على الشراء والمغصوب
ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها
ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك وما لم يجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر وضع
ان فورد الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصل ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة
فكان محل الدين هو الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الدين
دون الاعيان وقلت بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة فيقتضي ان يكون للطالب
به مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون
المضمون بالدين لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ
العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبة فلا يتصور الكفالة وان
كان المراد من الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فيما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه فيتاء
قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين
جاز وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين
بعين الرهن او بقدره حتى قضى الدين ولعل محل اختلاف الروايتين فان هلك المبيع فلا شيء
على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك
الرهن عند المرتهن فلذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين او زيد عليه في الزيادة
عليه من حاليه كان امانة في يد المرتهن والامانات وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم

الرابعة وهي المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة
بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل
تسليمه الى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل
مؤاخذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة تنفسخ ويخرج الاصيل
عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به وترك المص ذكر المستعار كما ترك ذكر
الرابعة اشارة الى عدم جوازه والهندي تابع شمس الائمة وذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية
باطل قيل وهذا ليس بصواب وقد نص محمد بعينه في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه
نظر فان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختارها
قوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم
وما لا يكون كما فصلناه قوله ومن استأجر دابة للحمل اعلم ان من استأجر ابلا معينة للحمل فكفل رجل
بتسليمها صحت لما تقدم آنفا وان استأجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو
الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وان استأجرها للحمل فكفل بالحمل لم تصح قال المص لانه
اي الكفيل عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه الى والمبيع
على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث كونه مالك الغير لا يمنع
صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي واستدل به على عدم جوازها في الاعيان
مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة
في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه بعقده يعتبر فيه التصور غير ذلك دافع لان تسليم ما التزمه
متصور في الجملة فكان الواجب صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل
له رجل بخدمته لم يصح لما بينا انه عاجز عما كفل به قال ولا تصح الكفالة لا بتسليم
المكفول له في المجلس لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف رحمهم الله
وقال آخر يجوز اذا اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة
المبسوط وفيه نبوة لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة فالموجود في بعضها دون بعض
يدل على ترك في بعض آخر وكذا في الايضاح وقال ابو يوسف يجوز ثم قال واكثر قوله في الاصل في موضعين
فشرط الاجازة في احدهما دون الآخر وعلى هذا يجوز ان يكون تقديم كلامه في بعض مواضع نسخ
المبسوط وعلى هذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا الا في نسخة وجه الرواية
انه لم يشترط الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر وكلما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار
والنذر فلهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق و
الاخبار يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادة لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه
رواية التوقف على الاجازة ما ذكرنا في الفضولي في هذا التوقف على احد وضع النكاح وهو ان يجعل

كلام الواحد كعقد النكاح فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر وهذا التوقف على احد ومنع عدم
الضرر لجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو مذهب بعض العلماء وان
الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك
لما فيه قلب المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف
على ما وراء المجلس وعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شطريه فان
الا في المسئلة الواحدة هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فانه قال لا يصح
ذلك عندهما الا مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا
بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض والاستحسان وجهان احدهما ان
تعالى اذا قال المريض لورثته تكفلوا عني بما علي من الدين فكانه قال اوفوا عني ديني فالمقصود الوصية في الحقيقة ولهذا
يصح وان لم يسم المكفول له وقد تقدم ان جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ انما نصححه
الكفالة اذا كان له مال عند المديون فيصير المعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول والمجلس لما قبل
وكلام المشايخ لانه في معنى الوصية لا انه وصية من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة
الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لا نه ذلك وصية في
الحقيقة ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معنى يؤول
الى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين ان يقول هو في معنى الوصية او وصية في الحقيقة والثاني ان يقال المريض قام مقام
الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجوه ما يقتضيه من نفع المريض بتبرئة ذمته وانتفاء المانع بوجوه ما
ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيام المريض مقام
الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط هنا اجاب المص بقوله
وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه براءة التخفيف للمريض بوجه يقوله تكفل عن تحقيق الكفالة لا المسائل
نظرا الى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجي نفسك فقالت زوجت
فان ذلك بمنزلة قولها زوجت وقبلت وظاهر قوله ولا يجوز القبول بدل على سقوطه في هذه الصورة وهو
المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ولو كان يكون مسلكين
في هذه المسئلة قال ولو قال المريض لاجنبي اختلف المشايخ فيه اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني
بما علي من الدين فتكفل الاجنبي ذلك اختلف المشايخ فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير طالب بقضاء دينه
لا في الحيوة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء وقال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه
لم يقع بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم من صحح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى
دينه بامر يصير مؤديا فيقع هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه من الموت
كما تقدم وعلى ذلك لا يوجد من الصحيح فركناه على القياس وعلى انه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من
سخان ولهذا جاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك في المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدم

قال ـــــ واذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل وكفل عنه
بدينه انسان وان لم يمت او اجنبيا لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة وقالا هي صحيحة وهي قولهما ثلاثة لهما ان
الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل والكفالة هذا شانها فهي صحيحة بالاتفاق فهذه صحيحة وانما
قلنا كفل بدين صحيح ثابت لانه كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الآخرة
والكلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الآخرة واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب
بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا بابراء من له الحق او باداء من عليه او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم
ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى بحرية عن الدليل وما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان
صح ولو برئ المتقبل بالموت عن الدين لما حل لصاحب الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيلا او له مال فالدين باق
بالاتفاق فدل على ان الموت لا يفيد وصف الثبوت وما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء
الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كما لو اشترى بفلوس في الذمة
فكسدت قبل القبض لبطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولا يجوز
رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل ينتفي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه او
بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والذي يدفع
الحاصل منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلوة واجبة والزكوة
بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال قلت لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي
اهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب والتقرير واجب صفة الحس للامور وان قلت فقد يقال المال
واجب اجاب المعتبرة لكنه اي الدين في الحكم مال لان يحقق ذلك الفعل الخارجي ليس الا تمليك طائفة من
المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤول اليه في المآل فكان وصفا مجازيا وان قلت العجز بنفسه
ويخلفه يدل على تعذر المطالبة عنه فذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد يجوز اقراره بدين فانه
يصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها فضعفت
بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى جنسا في ان المصدر كذا
دليلا في حد بطريق المعارضة ولما اخرجه ابي عبيد المانعة بان يقول لانم ان الدين ثابت بل هو ساقط ويذكر
السند بقوله فان الدين هو الفعل فان احدق في وجه النظر على ما لا يخفى على المحققين وتنبه لهذه
النكتة ولا تغفل عن ايراده فانه هو تلخيص فيما سيأتي قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين جوابه عما قالا لو
تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لغلامه على فلان الف درهم وان كفل
به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا لان بطلان الدين انما هو في حق الميت المستحق
لكن الميت غير حي قائم بعد الحياة واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى
هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحال
فلا يتعداه الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري فكذلك انتقض العقد

قوله

قوله
العقد واذا كان به كفيل جاز عن فلسا وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما
بنفس القادر او بخلفه واذا كان به الكفيل او له مال فالدين انتفى القادر بخلفه وهو الكفيل او المال وحق بقاء
الدين باق وقوله او الاقتضاء على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ تنتفي ولانه قال الكفيل والمال ان لم يكونا
خلفين فالاقتضاء الى الاداء بوجوه ما باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف ونشر
وتقدير فخلفه وهو الكفيل او الاقتضاء اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة
اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذا الاقتضاء على وجه التعليل لقوله
فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله تعالى نحن بما عندنا وانت بما
عندك راض والرأي مختلف ومعنى كلام واحد من الكفيل والمال خلف الميت لان رجاء الاداء منهما باق وان
الخلف ما به يحصل كفاية امر المصلحة عند عدمه وهما كذلك فكان خلفين وفيما ابرز من الكلام مع الغنية
عنه بالاولى وان قيل ان استدل الخصم بالخلاف قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وقد لا يفضي بين الحي والميت
وبما روي ان النبي عليه السلام اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام فهل على صاحبكم دين فقالوا نعم
درهمان او دينار ان فامتنع عن الصلوة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة رضي الله
عنهما على اختلاف الروايتين وقالا هما علي يا رسول الله فصلى رسول الله عليه السلام ولو لم تصح الكفالة عن الميت
المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فاذا كان جواب الخصم عن ذلك فالجواب ان قوله الزعيم
غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم اولا واما حديث الانصاري
فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي وابي قتادة اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء في سؤال
والاعموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول بجواز ان يدل بما روي انه عليه السلام كان
يقضيها علي رضي الله عنه ما فعلا الدينار ان حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلدته ولم يجبره
على الاداء ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان الكفالة تضم ذمة الى ذمة لزمه القول ببطلان
الكفالة عن الميت المفلس لعدمها بضم الميت وجاحده متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة
قال ـــــ ومن كفل عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فتقرر الاصيل الكفيل الا ان يقبلا ان
يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن
ان ياخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي فقبضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل خذ
المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوعة وانتقد باعتبار
الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فلم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل
بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا ليس له
يكون سببا في نقضها او جبه وهذا لكن محل الزكوة وافدها الى المساكين فليس له ان يسترداها لان الدفع كان
لغرض وهو ان يصير زكوة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما ذكرنا
وان كان الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه فعل بالمؤدي حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده

فلا يقدر عليه لكنه لا يملكه لانه مخصوص في يده امانة فان تصرف الكفيل في قبضه على وجه لا يضمنه ورجع
لم يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة وان قلنا انه ملكه حين
قبضه لم يكن قضاء الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له
فيملكه من حين قبضه لدين المؤجل متجلد وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب
على الكفيل وكذا في الثانية وذلك لان الكفالة تجب دينا بين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه
لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تاخير مطالبة ما وجب له على المكفول عنه الى
بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين مؤجل ولو ابرأ الكفيل
الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهب منه جاز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع على الاصيل
وقال كذا ذكر الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والسابقة المستشهد
بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير لا تكون
تجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة و
مطالبة الكفيل اخرت الى وقت الاداء فتنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل لهذا اي كونه
تابعا منزلة لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل الاداء به صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهب منه وانما هذا ذهب بعض المشايخ
وجعل خيرا عليه للمكفول عنه ولعل ان يكون للكفيل والمعنى حالة اي الكفالة تجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل
ما يجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التحامل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وعليه كله
ما قبض بعد ما له من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة ولا
يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلام لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب
على المكفول عنه لا على الكفيل وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا يلزم
ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينان وثلاث مطالبات دين ومطالبة حالتين للطالب على الاصيل ومطالبة
له فقط على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين مطالبة للكفيل على الاصيل الا ان
المطالبة متاخرة الى وقت الاداء فكان دين الكفيل مؤجلا ولهذا لم يطالبه قبل الاداء كما تقدم وان قيل
في معنى قوله فينزل منزلة الدين المؤجل مؤجل قلنا معناه فينزل هذا الدين المؤجل منزلة الدين
المؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه محلا حكما كذا اهمنا هذا لما سنح لي والله اعلم الا ان في ابرأ
الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابي حنيفة
نبينه في مسئلة الكفالة بالكسب والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يبقى وقد قررناه في البيوع وآخر فصل الحرام
البيع الفاسد واما اذا اقتضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا فقولهم جميعا واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح
يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف يطيب لان الخبث بالعمل
اصله المعاوضة اذا تصرف في الوديعة فالربح فانه على الاختلاف قال ولو كانت الكفالة بكر حنطة

ما تراه اذا لم يكن ما في
يستند الى

ماتر فان حكم الربح فيما لا يبقى اما اذا كانت الكفالة فيما يبقى كمن حنطة فقبضها الكفيل من الاصيل
فبلغت بدراهم الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له وفي القضاء لما بينا انه ملكه قال ابن سماعة واحب الي
ان يرد على الذي قضاه يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة
رحمه الله وفي رواية كتاب البيوع عن الزيادات ولا يتصدق به ولا يرد على الاصيل وبه اخذ ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما
انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح في ملكه فيسلم له الربح وجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث
مع الملك لاحد الوجهين اما لان الاصيل يسلم من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكفيل نفسه واذا كان
كذلك كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يقر وان لا يقر ومثل ذلك ملك ناقص ولو عدم الملك
اصلا كان خبيثا فاذا كان ناقصا يمكن فيه شبه الخبث واما لانه رضي به ان يكون المدفوع ملك الكفيل
على اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث ابرأ الذي
تمكن مع الملك بعد فيما يبقى وهو راجع الى قول الامام وتقرير تمكن الخبث مع الملك ولا خبث تمكن
مع الملك بعد فيما يبقى لما تقدم في البيوع فهذا الخبث بعد فيما لا يبقى لانه تم ما يبقى والخبث سببه
التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه ارجحا الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق
الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا فالمأخوذ له
وان كان غنيا فقيد روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما رد
عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من
الاختلاف فيما لا يبقى عند ابي حنيفة ومحمد لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف يطيب قال
ومن كفل عن رجل بالف اذا امر الاصيل الكفيل انه يعامل انسانا بطريق العينة وقرض المصرية يستقرض
من تاجر عشرة فيشتري منه ويبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في زيادة الربح ليبيعه المشتري
المستقرض بعشرة ويتجلد خمسة ففعل الكفيل ذلك فاشترى وقبض الربح البائع عليه لا على الاصيل ويسمى
هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض
مطاوعة للبخل الذي هو مذموم ولان الكدية حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه
والبخل الحاصل لجلب الربح في التجارة كذلك والا لكان المرابحة مكروهة وانما لزم الربح الكفيل دون
الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله على فانكفالة ضمان لكنه فاسد لان الضمان
والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بع
متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح واما
وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعالى يعني اشتر لي حريرا بعينه ثم بعه بالنقد بالف لانه واقض دين ونساء
باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قبل الدين معلوم والمامور به

موعدان فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله جهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن
واذا فسدت الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين
عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صور للعينة صورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض
بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض
ثم اشترى ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب
من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته واما تسليم الثالث احترازا
عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم احترعه اكلة الربوا
وقد ذمهم رسول الله عم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر
عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها العينة قال ومن كفل عن رجل بما ذلبه له على
رجل كفل عن رجل بما ذلبه له عليه او بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له
على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم ولم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى
ودعواه هذه غير صحيحة لعدم المطابقة بالمكفول وذلك لان المكفول به اما ما لا مقضي به على الاصيل
لدلالة ما قضى بحرا على عبارته لا لدلالة ما ذلب كما لزمه على ذلك فان معنى ذلب تقرر والتقرر انما
هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما ما لا يقضى به بجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل
كقوله الحار الله يقال فيه وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا
يصار اليه الا لنكتة تتعلق بها البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان من ادعى
على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت
بينته لوجود المطابقة حينئذ وان رجوع ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به ما لم يقض او
يقضى بعد الكفالة والمدعي يدعي انه يصح ان يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك
وليس في لفظ المدعي ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بهذا ذلك صحيح لان المكفول به اما ما لا مقضي
ولم يدعه او ما يقضى به وهو غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة
فلا تقبل البينة ومن اقام البينة ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي به على الحاضر والغائب
جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضي به على الحاضر خاصة وهنا بحثان الى ثلثة فروق ذكر المص
منها اثنين احدهما ان البينة قبلت هنا دون ما تقدم لان المكفول به مال مطلق عن التوصيف بكونه
مقضيا به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى فصحت وقبلت البينة لا بتناء عن دعوى صحيحة على ما
تقدم كما مر والفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال كفلت لك بما ذلبه لك عليه او ما قضي لك
عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وهنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم لكن ليس لك
شيء لم يلتفت اليه والآخر الفرق بين الكفالة بامره وبغير امره ان القضاء على الغائب لا يجوز

وجه الواجب عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكفل بامره او بغيره ووجه ذلك
ما ذكر بقوله لانهما يتعاقبان لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء
وكلما كان كذلك فهما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فبدعواه احدهما لا يتعلق له بالآخر لان الحاكم انما يقضي
بالسبب الذي يدعيه المدعي لا بغيره اذ لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما
واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضى بالكفالة بالامر ببينته ثبت امره بجهة كاملة
والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة
عليه واذا ادعاها بغير امره فانه لا يستوجب الغائب اذ لبه من خزانة وجب المال على الكفيل وجوبه
على الاصيل لانه ابراء الشاهد ان صحة الكفالة بغير امره بعد قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان
على فلان الف درهم فانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى
الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ادعى على رجل انه كفل عن فلان بكذا حال
قيامه ولم ينكر واقام على ذلك بينة وان له على رجل الغائب الف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضى بها
على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغيره ووجه ان الحاضر انما ينتصب خصما على الغائب اذا
لم يمكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء
عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعترف بذلك واذا كانت بمجهول لا يعلم لم يكن على الاصيل
لان الجهالة مما يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال ان كان ذلك على فلان
مال فانا كفيل فاثبته المدعي وسيأتي تمام ذلك قوله وفي الكفالة بامر يجوز ان يكون فرعا آخر وهي ما اذا
اقام البينة على الكفالة بامره وهي ما اذا اقام عليها بغيره فان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبتت
الكفالة بالامر عيانا رجع الكفيل بما ادى على الاصيل فكذا اذا ثبتت بالبينة وقال زفر لما اكذب الكفيل
الكفالة فقد زعم ان الطالب ظالم والمظلوم لا يظلم غيره ولذلك لما قضى القاضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل
ما زعمه كمن اشترى شيئا واقر بان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع
بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونقض بما قال محمد فيمن اشترى عبدا فباعه ورد
عليه بالبينة بعدما اكذب العيب به ثم اراد ان يرده على بائعه ثم لم يكن له ذلك عند محمد خلافا لابي يوسف
رحمهما الله حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه
انما لم يكن له ان يرده على بائعه لان قوله لا عيب به نفي العيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في
قيام العيب عند البائع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البائع الاول ليس بشرط للرد على الثاني
فافترقا قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع دارا وكفل عنه
رجل بالدرك هو التبعة على ما مر والمراد قبض الثمن عند استحقاق المبيع وهو تسليمه اي تصديق
من الكفيل بان الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه
لان الكفالة انما ان يكون مشروطة في البيع او لا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك

يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيد وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكانه هو الموجب للعقد
فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت
شفعته وبطل السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة
ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم من جهة الطالب على ان المراد بالنقض ما يكون
بغير رضى الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض وان كان الكفالة احكام البيع وترغيب
المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فالكفيل تسكينا لقلبه فصار كانه
قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البايع فان ادرك درك فانا ضامن فالكفالة اقرار بملك
البايع ومن اقر بملك البايع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال لا تنزل منزلة الاقرار لانه يؤول اليه
في المعنى قال ولو شهد وختم ولو شهد الشاهدان على بايع الدار وختم شهادته
بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري
فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلواني ولم يكن لم يكن ذلك شيئا وهو على دعواه
قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت
بين ان يكون فيه ختم او لا فان ادعى لنفسه يسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة
لا تكون مستوجبة في البيع لعدم الملاءمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك
واخرى من غيره فالشهادة على انه بايع لا تكون اقرارا بانه بايع ملكه ولعله انما كتب الشهادة لحفظ
الحادثة على ما تقدم من عماد الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشايخنا ما ذكر ان
الشهادة على البيع لا يكون شيئا محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه مثل ان
يكون المكتوب فيه بايع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك وكتب شهد فلان
البيع او جرى البيع بشهادتي واما اذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون بايع فلان
كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه تسليم فلا تصح دعواه الا ان يشهد على اقرار
المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ قال

فصل في الضمان

ومن باع لرجل بامره فالضمان والكفالة في هذا
الباب بمعنى واحد ولما كان سبب الجامع الصغير وقلت بلفظ الضمان فصلها لتغاير اللفظ واعلم
ان كل من رجع اليه حقوق العقد للبيع منه التزام مطالبة ما يجب به من كل رجل بيع فعل وضمن
له الثمن فالضمان بالحل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا ضمن لرب المال لان الكفالة التزام
المطالبة ومعناها ما تقدم والمطالبة الى الوكيل والمضارب لان حق القبض للوكيل بحقيقة الاضافة
في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل حتى لو حلف المشتري ما للوكيل عليه
شيء كان بارا في يمينه ولو حلف للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذلك المضارب واذا كان كذلك
فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يندفع التصحيح باجله فالجهة

فانه

فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة في يد الوكيل والمضارب ومعناها هو
ضمانا لكان ضمينين فيما فرضناه امينا لم يكن امينا فلذلك خلف بالمال فيكون الضمان تغيير الحكم
الشرعي وليس للعبد ذلك لتزعه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التعزير تقريرا
تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمستعير و
المودع لم يجز ذلك ولقائل ان يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز ان
يكون المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان ونحوه
من حكم شرعي فيصار كما اذا باع بالف ثم باع بالف وضمانه والجواب ان رفع الامانة انما
يكون بطلان الوكالة كيلا تختلف المعلول عن علته وبطلانها حينئذ انما يكون من وجه صحة الكفالة و
الكفالة هنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان تصحح على وجه
يبطل به اصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة
واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح في فان كان بحصته من الثمن شائعا
صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه فانه
لا يجوز لان القسمة افراز فذلك اما ان يكون حقا او بوصف مميز وكلاهما في الدين
غير متصور ولا كذلك الفوائد الظاهرة في تعليله لانه يستحق بنصيب احدهما فلا يجوز ان يشاركه فيه
اذا كان مالا بدليل ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان
فيما نحن فيه يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع يطلب حكم الاداء
في مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كانه ما ادى الا الباقي وكان للضامن ان يرجع بنصفه الباقي
ثم وثم الى ان لا يبقى شيء وهذا قول مشايخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء فقلنا
يبطل انه ابتداء ولا معنى لما قالوا تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف شائع او بنصف
معين نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه
من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين
يجوز وليس فيه معنى القسمة فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله
صاحب النهاية وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع يطلب حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع
انما يصح ان لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل هو من حيث انه استيفاء لما يستحقه
عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه كيف
يصح شائعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبار نصف شائع في كل
جزء من جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز لا بعض افراد لا تعلق له في الباقي من الافراد ولا
خفاء في اختلاف هذا وتغايرهما فترك ذلك نقض في العقد وقوله لا معنى بهذا ايضا لانعقاد الاجماع
الى آخره ومحاصل عنه بانه انما لم تلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة و

قوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين

ولهذا لان للآخر ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن احدهما
للآخر نصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لانه لا شركة ثمة لانها تكتفي با
تحاد الصفقة والنزر خلافه واستوضح بقوله الا يرى ان للمشتري ان يفسخ احدهما ويرد
الآخر وله ان يفسخ نصيب احدهما اذا انفرد عن حصته وان كان قبل الحول ولو اتحدت الصفقة لم يكن
له ذلك قال ــــ ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الضمان عن الخراج
والنوائب والقسمة جائز اما الخراج فقد تقدم لانه من قبيل الرفق والكفالة جائزة في الخراج قبله
والمراد به المقاسمة والواجب والنوائب بان يوظف الامام في كل سنة على الرعية ما يراه دفعا
المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض لا قدر له معينا لدين لعدم وجوبه في الذمة
وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكوة ولا كذلك المصرف دون فرق آخر بقوله وهو كالزكوة
لانه يجري فعلا اذا الواجب فيها غلة ما من غير ان يكون بدلا عن شيء والمال انه ولهذا لا تؤدى
بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق والاول كالدية
الاداء المشتركة واجر الحارس للمحلة وما يؤخذ الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز
الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك
والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب اداءه على كل مسلم او وجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب
النظر للمسلمين وانه كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلما لا لتجهيز فيه
اختلف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل
شرعا ولا شرع عليه شرعا هنا وقال بعضهم يصح وممن يعيد اليه الامام البناء وتي يريد بخراج الاسلام
رحمه الله لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها قال ــــ نحو الاسلام واما النوائب فهي
ما يلحقه من جهة السلطان من حق او غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم تتوجه
المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه
النوائب على المسلمين بالقسط والمعاطة كان مأجورا وان كان اخذها من جهة الذي كان بالملا و
لهذا قلنا ان من فرض نائبة غير باذنه يصح به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن البيع قال
شمس الائمة هذا اذا امر به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فله بغير امره في الرجوع واما قوله
وقسمته فقد ذكر عن ابي الحسن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل و
هذا الفعل غير مضمن واجيب بان القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة
بينهم والمراد النصيب وكان الفقيه ابو جعفر الهندواني يقول معناها ان احد الشريكين اذا
طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك
لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها اذا اقسما لمنع احد الشريكين قسم صاحبه لكن
الرواية على هذا قسمة بالضم لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم

هي النوائب بعينها وذكر تفسير النوائب بحق وبغير حق وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف
للتفسير او حصته منها ارض النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة بخصوصه ذكر النهر المشترك
فاصاب واحدا شيء من ذلك فيجب اداؤه وكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي
ان يكون الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى من
كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فاشار المصنف الى ان الرواية بالواو على
تقدير ان تكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل الواو واما اذا
كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو لما مر وقيل هي النائبة المظلمة الراتبة والمراد من النوائب
ما ينوب به غير راتب قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والحكم ما بيناه يعني جواز الكفالة فيما كان
بحق بالاتفاق واختلفوا في المشايخ فيما كان بغير حق قال ــــ ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر
ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة في القولين قال المدعي كانت حالة وان قال ضمنت لك
عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له حالة فالقول قول الضامن مع يمينه وروي عن ابي يوسف
ان القول قول المقر له وقال ــــ الشافعي في المقر له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل
فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة والجواب بفساد الاعتبار لان
الاجل في الدين عارض كالسنائي ولا يلزم انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على
ما جاء فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا بالاقرار بالدين واجيب بما اجاب به الشافعي وجه الفرق
بينهما ان المقر اقر بالدين مدعيا حق نفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان ثمة اقرارا على نفسه و
دعوى على غيره والاول مقبول وانه يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة ما
اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بحق المطالبة بعد الشهر فرضح الفرق بينهما
ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيفرق به البينة انه اقر بالمطالبة مدعيا حق نفسه وهو
تاخيرها الى اجل وكان ثمة اقرار على نفسه الى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو
معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل
لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى والجواب ان المصرح به الفرق
الاول فانه عاجز لدفع الخصم والجلس واكمل الله لمن زيادة استبصار في الاستقصاء على ما تذكر
وان الكفالة التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل وانه موجود فيما نحن فيه فلا منافاة
قضية قوله ولان الاجل في الدين عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان ما لا يثبت الا
بشرط كان من عوارضه وما يثبت لا بشرط كان ذاتيا له وهو حسن لانا لو قطعنا النظر عن
وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الدين بهذه المثابة لان ثمن البياعات
والمهور وقيم المتلفات مال لا يثبت الاجل فيه الا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فانه مؤجلا
من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل فكان الاجل ذاتيا بعض الكفالة ممنوعا له لان لحق المنوع

لبعض الحيوان وهذا انما يتصور في القيمي لدقة في أحد الماخذ واذا كان الاجل في الدين
عارضا لا يثبت الا بشرط كان القبض في الكفيل مع اليمين كافيا في شرط الخيار واذا كان في الكفالة
ذاتيا كان اقرار بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القبض قوله ووقوع للقبض والشافعي الحق الثاني بالاول
وابو يوسف بما يروى عنه الحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما فمن الشارحين من حمل
على الرواية عن كل واحد منهما ومنهم من حملها على الغلط من الناسخ ولعله المهر قال
ومن اشترى جارية وكفيلا رجلا بالدرك ومن اشترى جارية وكفيلا رجلا بالدرك وقد تقدم معناه
وان تحت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضي على البائع بردها الثمن لان اخذ الاجازة
من المستحق ثابت ثبوته يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان تحقق قضاء القاضي للمستحق نفوذ اعتاقه
واذا لم ينقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قال على ظاهر الرواية
احترازا عما قال ابو يوسف في الامالي له ان يأخذ الكفيل قبل ان ينقض على البائع لان الضمان قد ترجح
على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذا للمشتري مطالبة الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فيجوز
القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع في الفرق بينهما وبين الاستحقاق اجاب المص بقوله
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء
ومعنى قوله او بالزيادة في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد فانه افتتح كتاب
الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابو يوسف فان محمدا اخذ
ما املى ابو يوسف بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب
من تصنيف ابي يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي
يوسف هذا الكتاب من باب المأذون ولم يغير محمد تبركا به ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي
هي عليه اليوم ومن اشترى عبدا فتحمل رجل بالعهدة فالضمان بالحال كذا هنا ثلاث مسائل الاولى ضمان
العهدة وقال انه بالحال ولم يجد خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان
الخلاص وقد اختلفوا فيه فما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقوعها في استعمالها
فانها تقع على القتل فانها تقع القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وما لا يضمن
على الاصيل لا يصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها ما خوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد
يقع على حقوق العقد لانها من تمام العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند
الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق الثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكن
ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما فتعذر العمل به واما جواز الثانية اي ضمان الدرك فان العرف
فيه استعمال في ضمان الاستحقاق فصار متيقنا فوجب العمل به واما الثالث فابو حنيفة رحمه الله قال
بعد بيان عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به
لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء

به

به باطل وما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن
ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا يشتغل بالشك والاحتمال
ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط في ادرك فلان
بن فلان فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا
اما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز وعلى هذا فمن كلام المص تم الواجب عند العجز عن
تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مفرع بان المراد به الثمن مجازا فشهرة لفرع متعذرة
وبلاغة التركيب باستعمال المجاز فيما لا يليق فضيلة هذا ما يدل عليه كلام المص رحمه الله واكثر الصدر
الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد
وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف ايضا في العهدة ثابت واكثر الفرائد الظهيرية و
اما ضمان العهدة فقد ذكرنا ان الجامع الصغير انه بالحال ولم يحك خلافا ولكن بعض مشايخنا ان
عند ابي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المص فانه اعتمد على ما في الجامع الصغير
ولا كر بالحال من غير ذكر خلاف

باب كفالة الرجلين

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخر وضعا
ليناسب الوضع الطبيعي قال اذا كان الدين على اثنين فكل واحد منهما كفيل عن صاحبه اذا
اشترى الرجلان عبدا بالف والثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما
لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدي على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف
اصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف الآخر كفيلا فما ادى الى تمام
النصف كان قضاء عما عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين
درهما فتفرقا في المجلس عشرة جعل المنقود عن الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس
وما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لا تنشئها
على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصور فلا تعارضه بل يترجح الدين عليها
وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة
شيء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين وفي النصف كان انتفاؤها لكون احدهما
راجحا لا لانتفائه قوله لانه دليل آخر على ذلك اورده بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى وهو
الرجوع على صاحبه مستلزما للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه قال لو وقع في النصف
عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لكن ليس لصاحبه ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور
فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء نائبه كاداء بيان للملازمة وتقريره ان
صاحب المؤدي يقول له انت ادوا عني بامري ليكون ذلك كادائي ولو ادوا يبقى لي الحق ان اجعل
المؤدي عنك فان رجعت علي وانا كفيل عنك فانا اجعل عنك فارجع عليك لان ذلك الذي ادوا عنه

عني فما أداه في التقدير ولو أديت حقيقة رجعت عليك فعلى تقدير أداء كذلك والشريك
الآخر يقول مثل ذلك قال فأدى الى الدور ولم يكن له الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى عن نصيبه خاصة
الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه
ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل
بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بكل المال والاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين
كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة بكل واحد منهما مطالبة له على الاصيل
واخرى على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة
فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى
المسئلة في الصحيح وكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى او كثيرا لان ما ادى
احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فان الاصالة
في النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينهما وبين الكفالة واذا وقع شائعا رجع على شريكه بنصفه
ولا يؤدي الى الدور لان نصيبه الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع
الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراء
بنفسه ونصفه بكفالة عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم وانما قال في الصحيح
لتهاتر الفروع المبنية على ذلك فانه قال لم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه
والآخر بنيابته ولو لم يكن كل منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لكفالته عنه لا لهما وقال وان
شاء بعض ادى منهما رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن
الكفيل فعلى هذا لم يكن له رجوع على الاصيل قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان
ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكل على ما بينا من قوله ان تكفل
الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا يأخذه به وهو ظاهر قال واذا افترقا المتفاوضان فله صاحبه
الدين ان يأخذ ايهما شاء بجميع الدين اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين فلصاحبه ان يأخذ
ايهما شاء بجميع ذلك فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع
بالزيادة لان تعقد على الكفالة بما زاد من عهدة التجارة وخيار للغرماء ان يلحقوا ايهما
شاء بجميع الدين لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة بدلا لافتراق فلا يبطل بالافتراق فاذا طلبوا
احدهما فاخذوا منه الدين ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين
لكفالة الرجلين قال واذا كتب العبدان كتابة واحدة واذا كتب العبدان
كتابة واحدة بان قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا كل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك استحسانا
والقياس يخالفه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل
فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما بطلان كفالة المكاتب فلان الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه

وانما

وانما بطلت الكفالة ببدل الكتابة فلما مر انها تنتقض بنقض صحيحها وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه
الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما اصلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقه معلقا باداء كل
واحد منهما ان ادت الالف فانت حر وهذا وان يجعل كل واحد منهما كفيلا بالنفس صاحبه كما سنذكره
في الكتاب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيدها وانما اذا اختلف الكتابتان
فان عتق كل واحد منهما تعلق بما على حدة فتعذر تصحيحها بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف
عرف استواؤهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد
منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فاذا اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما
ولو رجع بالكل او لم يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما صح العتق
المصادف لمصادفته العتق ملكه ويبرأ المعتق عن النصف لانه مأمور بالمال الا يكون وسيلة
الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما
حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان مجازا
لا يتعدى غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فلا غير مقابلا برقبتهما فلهذا ينتقض
ويعترض بانه اذا كان مقابلا برقبتهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يؤد المؤدى
على النصف لئلا يلتزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصف ما اداه انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة
على المولى لان المؤدى لو وقع من المؤدى على الخصوص ربما يؤدي الى عتقه وعتق المكاتب اذا
ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا لان التخصيص اضرار
بالمولى بتفريق الصفقة فاذا وقع المؤدى منهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فللمولى ان يأخذ ايهما
شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة فبأخذ المعتق بالكفالة تصحيح لكفالة ببدل الكتابة
وبالاصالة واجابوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فبقي على تلك الصفة
لان البقاء يكفي على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بامره
وان اخذ صاحبه رجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

حق هذا الباب التأخير لان العبد متأخر عن الحر اما تشريفا واما لان الاصل
في بني آدم هو الحرية ووضع تبويبه يقتضي تقديم كفالة العبد والبحث وتكرار الواو لجمع المطلق
وفيه ما فيه قال ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه قوله لا يجب عليه صفة لمالا وجواب المسئلة
قوله ضمن حال وعلى هذا عبارة محمد بن الحسن في الجامع الصغير وقوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في العبد الذي
يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم مالا فالاخير حال الى عبارة في الكتاب لان
عبارة محمد تحتاج الى تأويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال قال محمد الاسلام
مراده اذا اقر بالاستهلاك لا كذبه المولى وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع
مالا فاستهلكه فانه لا يؤخذ للحال بل بعد العتق وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولعل عبارته في الكتاب

وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شرط لتساوي
ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امراة بشبهة
بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يوجد بذلك كله الخراج اما صحة الكفالة في هذه
الوجوه فلانه كفيل بما هو مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فيصح كالكفيل بسائر الديون سواء كانت في ذمة
المولى او المفلس وانما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه لوجوب السبب وقبول الذمة لكنه لا يطالب
لوجود المانع من المطالبة وهو الرق اذ جميع ما في يد ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين فهذا المانع
غير متحقق في حق الكفيل لانه غير مرضي بحبس العبد بالمقتضى وصار كالكفالة عن غائب يصح ويؤخذ به الكفيل
حالا وان عجز الغائب عن مطالبة الاصيل والكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانه تصح ويؤخذ به الكفيل
في الحال وان كان في حق الاصيل متاخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد الا بعد العتق فلم يكن
هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل
لانه متاخر عن وقت ظهور ان الدين تمكن تاخره عن الاصيل بمؤخر اذ امر يوجب التاخير وهو الاجل لا
عارض يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فيلزمه معجلا ثم اذا ادى الكفيل
رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه فان
قال من ادعى على عبد مالا الكفالة بالنفس لا تصح وبه ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا
فان عوته ببراءة الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حرا ولا فرق هذه عن عبد الذي بعدها والبينات الفرق
بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكذبه رجل فان العبد قام المدعي البينة ان العبد كان له
ممن الكفيل قيمته لان الرقبة على وجه يخلو القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة
على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة
فكذا في حق الكفيل علاقة الاولى الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط حق
العبد بتسليم نفسه فكان عن كفيله وانما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا اثبت المدعي لما اقر ذي اليد
او بنكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد المدعى على المدعى عليه فلا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة
الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل فالكل واذا اكفل العبد عن مولاه بامره اذا كفل العبد
عن مولاه بامره في الحال لا يخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق او لا فان كان لا يصح كفالته لحق
الغرماء وان كان باذن المولى وان كان الدين صحت اذا كانت بامره لان ماليته لمولاه فله ان يجعلها مشغولة
بالدين بالرهن والاقرار بالدين واذا اكفل المولى عن عبده في صحته سواء كانت بالنفس او بالمال مديونا
كان العبد او غير مديون فاذا صحت الكفالة واداه العبد بما كفل به بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد
عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع لان الموجب للرجوع هو الكفالة بالامر تحقق
والمانع وهو الرق قد زال ولنا ان هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد لا يستوجب
على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال فكذا كفالة

تنعقد

تنعقد غير موجبة للرجوع لا ينقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره بنفسه فانه جائز وان الكفيل بعد الاداء
لا يرجع على الاصيل بشيء من ذلك ولا يعترض بان الرامي اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد
في الدين فانه يرجع على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه مغالطة
فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب دينا لان استيجاب
الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب
بمال الكتابة لكفيله حرا وعبدا وانما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى
عليه ايضا بدل الكتابة اما بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم فلان القياس لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى لا يستوجب
على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وكل ما يمنع المنافي
غير مستقر اي ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لانها لتوثيق
المطالبة واذا كان غير مستقر جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم يتم الكفالة فالحق بما قد يكون
جزءا ولغيا قوله ولانه دليل آخر على عدم الاستقرار فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين
ما لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وقوله ولا يمكن اثباته دليلا آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل
الكتابة وتقريره ان الكفالة بدين صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته على الاصيل او من يسقط
بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا لا سبيل الى كل واحد منهما اما الاول فظاهر
لان الاصيل بتعجيز نفسه يبقى رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما الثاني فلفوات شرط الضم
الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة بحقيقة المعنى الضم ونفيه الزيادة
على المتزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك ولو الكفالة المطلقة ولو كان
جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلا يلزمه مطلقا لزم
التزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه
بفسخ الكتابة سقوط بدلها لا بتناوله عليها اذ لا ماله يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية
كبدل الكتابة في عدم جواز الكفالة للمولى على قول ابي حنيفة لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي ولما
ان احكام المستسعى احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المراتين وتنصيف الحدود
وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقرا لسقوطه بالتعجيز وهو السعاية لا يتحقق
فكان كالحر المديون

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة
من حيث ان فيها التزاما لما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للاخرى اذا اشترط
موجب احدهما للاخرى عند كل الاخرى لكنه اختار الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تقتضي
الكفالة فكنا ما يتضمنها والحوالة في اللغة هو النقل وهو كيف ما تركب جاءت على معنى النقل
والزوال وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه بطريق التوثق به

واما شرطها فسنذكره في اثناء الكلام وكذا حكمها واثارها قال ـــــ وهي جائزة بالدين
الحوالة جائزة بالدين دون الاعيان اما الجواز فيدل عليه النقل والعقل اما الاول فما روى ابو داود
في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابي الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة عن رسول الله عم قال
مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وقال ـــــ الترمذي في جامعه بعد ما روى الحديث
كليتا ده الى ابي هريرة حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملي فليحتل امر
بتباع والاتباع يسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا به من الشرع فدل على جوازها واما العقل فلانه
قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر فلذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها بالدين فلانها
تتنوع عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لان العين وتفريع الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي
انما يتصور في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع
في ذمة شخص اخر بالتزامه واما العين اذا كان في محل محسوس فلا يمكن ان يعتبر في محل اخر ليس هو فيه لان
الحس يكذبه فلا يتحقق فيه النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه قال ـــــ ويصح برضا المحيل والمحتال و
المحتال عليه شرط صحة الحوالة رضا المحتال لان الدين حقه وهو انما الدين ينتقل بالحوالة والذمم متفاوتة فلا بد
من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضا المحال عليه فهو شرط عندنا وقال الشافعي ان كان للمحيل
دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك واحمد لانه محض التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبدا فانه لا يشترط
رضاه لان الحق للمحيل عليه فلا ان يستوفي بنفسه ويعتبر ما لو وكل في الاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين
عليه فيشترط رضاه بالاجماع وقلنا ان التزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال التزام الحاكم
بالبينة على المنكر التزام بدون التزام لان الحاكم الما الالتزام لا التزام ولتعارض المحيل فقد شرطه
القدوري وعني بقوله بان ذوي المروات قد يتفقون بتجار غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم
ووجه الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه
والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قلت وعلى هذا يكون
فائدة اشتراط الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعله موضوع ما ذكره القدوري ان يكون للمحيل
على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانه حينئذ يكون استيفاء المطالبة المحيل عن المحال عليه فلا يصح
الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد تكون اسقاطا من المحيل وقد تكون من المحال عليه والاول
احالة وهي فعل اختياري لا يتصور بدون الارادة والرضا وهو وجه رواية القدوري والثاني احتيال اتم
بدون ارادة المحيل بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات وعلى هذا اشتراطه مطلقا
كما ذهب اليه الائمة الثلثة بناء على ان ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غير قدرة عليه
بتعيين بعض الجهات وعدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية
الزيادات ليس على ما ينبغي قال ـــــ واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول
اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين وقوله بالقبول متعلق بقوله اذا تمت

الحوالة

الحوالة والمراد به رضاه من رضاه شرط فيها على ما تقدم وقوله من الدين اختيار لكونه لما هو الصحيح
مما اختلف فيه مشايخنا فان منهم من ذهب الى انها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا
ومنهم من ذهب الى انها توجب براءته عن المطالبة ومنشاء ذلك ذكر محمد رح الحكاية تدل على
القديم فما يدل على الاول ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد الحوالة
لا تصح هبته وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابراء المحال عليه او وهب الدين منه
صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه وما يدل على الثاني ان المحتال اذا ابراء
المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كما لو ابراه الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد بالرد كما
لو ابراء المحيل قبل الحوالة والاصيل والكفالة فان الابراء حينئذ يكون عليك الدين ممن عليه الدين
والتمليك يرتد بالرد ومنها ان المحيل اذا افلس ولم المحتال يحجر المحتال على الفلس ولو انتقل الدين بالحوالة
يكون المحيل متبرعا في نقد المال كاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لا يحجر ديب المال على قوله
قالوا والاول هو الصحيح لانها تعرف في تحويل الدين بتحويله وقبل الاول قبل الحوالة والثاني قول
محمد والفائدة تظهر في الراهن اذا احال المرتهن بالدين على من يسترد الرهن فعند ابي بكر يسترد
كما لو ابراه عن الدين وعند محمد لا يسترد كما لو اجل الدين بعد الرهن وفيما اذا ابراء الطالب
المحيل بعد الحوالة عند ابي بكر لا يصح لبراءته بالحوالة وعند محمد يصح لبقاء الدين في ذمته اذ
المتحول بها هو المطالبة لا غير قال ـــــ ما ذكره المصنف على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين
دون المطالبة حيث لم يعرض لذكرها لان انتقاء الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا
لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رح لا يبرأ لان
الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى
وفقه ذلك عن مالك يعني الكفالة كالحوالة لما ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما والحد
وهو ان الحكم غير مضاف الى ما ذكرتم من الاشتراك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما
بمفهوم خلاف مفهوم الاخر لغة فان الحوالة للنقل لغة وعند حوالة الفراس واذا احتمل نقل الدين
عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية
للمعاني اللغوية واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة لها مع ولا نقل فيها ولا تحويل وهو
نقض اجمالي والجواب ـــــ ان لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا
لا يبقى على المحيل شيء قوله والتوثق باختيار الاصيل جواب لزفر تقريره مسلمنا ان كل واحد منهما عقد توثق
لكن براءة المحيل لا ينافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاصيل لا قدرة على الايفاء بسعة ذلك اليد قضاء بان يوفيه بالاجل بلا مطالبة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالتعليل
بالموجب وقوله وانما يجري على القول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفق المعاني
اللغوية وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل فصار اجنبيا منه فاذا فعله كان الواجب

ان لا يجبر المحتال على القبول اي لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقول وكذا
المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي فبادائه الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول ونفرد الجواب
لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يكن مجبرا على المحالة اليه بالتوى وهو محال
فلا يكون متبرعا قال ولم يرجع المحال على المحيل الا اذا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله
برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحال على المحيل بشيء الا ان يتوى حقه
عليه بان يموت من غير التوى وقال الشافعي لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن
شرط الرجوع فلا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتأيد بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله
عنه دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخرت عليا فقال ابعدك
الله فابعده بجرمه احتيالا ولم يجز له الرجوع لانه البراءة حصلت مطلقة لنا او مطلقا والثاني
ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيدكم لجواز ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة فنقول انها
حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة لنا بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة
التوصل الى استيفاء الحق من الحال الى الاغنى لا الى الوجيب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف
بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من الحال الذي كالمشروط في العقد الا ان يكون هو المطلوب فاذا
فات الشرط عاد الحق الى الحال الا ان يصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع
بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ العقد ويعود حق الثمن وان لم يشترط ذلك لنا
لما ان وصف السلامة مستحق المشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة
بعض المشايخ وقوله او تفسخ الحوالة لفوات ما هي لفوات المقصود وهو السلامة لانه قابل للفسخ
حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات المقصود منه ينفسخ كالمشتري
اذا وجد المبيع معيبا واختار ذلك فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وان لم يشترط ذلك في العقد
لما قرنا اشارة الى عبارة اخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على المحيل وان
المصرحين جمع بين الجزئين المشايخ رحمهم الله والمتقدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما
بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه ما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال اذا توى المال على
المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على ما لا يسلم ولم يعرف له ذلك مخالف فكان مجمعا عليه
وعورض بان المحال وقت الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة المحال عليه وبين
ان يأباها ابقاء لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين عليه ولا يعود
الى الآخر كالمغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء وكالمولى
اذا اعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا
على المولى بشيء والجواب ان قوله اذا اختار احدهما تعين عليه اما ان يريد به تعين

احدهما

احدهما اصلا والآخر خلف عنه او كلاهما اصلان فان كان الاول فليس هاهنا كذلك فيقاس عليه فاسد وان كان
الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع كما في
الاصل لان اختيار الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاذا فاته انداد الحق الى وصف يتضمن بقوته
فاسدة في الوضع قال والتوا عند الى حسنه يوزه احد الامرين توى المال اذا تلف وهو عند
المحيل يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة للمحتال ولا للمحيل على المحال عليه
لانه حينئذ لا يقدر على مطالبته واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة
يتحقق بكل واحد منهما اما في الاول فلما ذكرنا واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط
عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل انما تتم بتمام الحوالة واستيفاء الابراء لا استيفاء
فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع وقال الهندواني وجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالتبهرج
حال حيوته وهذا الاختلاف في بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قالا التوا هو الوصول
الى الحق وقد حصل هاهنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كون المحال عليه وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم
ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غادٍ ورائح وقد تقدم معنا في الكفالة فلم يكن الموت والموات
المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والتمامي في ان القول قول الطالب
مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة بقاء المال الرجل اذا صار فاقدا بعد ان كان ذا درهم
ودينار فاستعمل مات افتقر وفلسه القاضي اي نصب بافلاسه حين ظهر له كذا في الخلاصة قال واذا
طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل بعد الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل احلت
بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق
باقرار الآمر الا انه يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق
المحال عليه في الرجوع فان قيل لم لا يجوز ان تكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها
قد تكون بدون اقرار الحوالة قد تكون بدفع الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه وحينئذ يكون
التقييد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحيل المحتال بما احاله فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال
المحتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل فان تسمى الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى
المحيل انه احاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه ان
دعواه تلك دعوى لا موجب لمخالفة لفظه وهو الوكالة فان لفظ الحوالة يستعار فيها مجازا
لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل ويجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق
كلنه مع يمينه لان ذلك نوع مخالفة للظاهر قال ومن ادعى رجلا الف درهم
اعلم ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بما
له على الذي له الدين المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي على المحال عليه
والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ولا بعين له فيه وان كانت

له ذلك عليه وفي يده اوان يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين ايضا على نوعين
حالة ومؤجلة فالحالة هو ان يحيل المديون الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها
تحول الدين من الاصيل فتحمل على الصفة التي على الاصيل والقرض انما كانت على الاصيل حالة فكذا
على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة
والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون
على المحال عليه الى ذلك الاجل لانه قبلها كذلك اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف درهم واحالوها عليه
آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه وابعة وقد له لانه اقدر على القضاء فيدل
جوازه في ذلك لوجهين احدهما ان الاداء منها يتحقق بغير تحمل الجهد وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر
والثاني ان الوديعة حاصلة معينة لا يحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى
بالجواز وكانت جائزة بالدين فلان يكون جائزة بالعين اجدر فان ملكت الوديعة بيد المودع وهو المحال عليه
وليس للمحال عليه ان يتقيد بها ما لم يتقيد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم الاداء الا منها فتعلق بها وتبطل بهلاكها
كالزكوة المعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند
المحال عليه وتبدأ الحوالة بها بيان لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب من المغصوب
اذا هلك وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فان الفعلت بهلاكه فرقا الى خلف فالت
كما قلت فان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بيان جوازها مقيدة بالدين كما اذا كان
لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك احال المديون الطالب على مديونه بالف على ان يوفيه من الالف
التي للمحيل عليه فانه جائزة وحكم الحوالة المقيدة في هذه الحوالة الجائزة وهي الحوالة المقيدة بالعين وابعة فان كانت
او غصبا او بالدين ان لا يملك المحيل المحال عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لانه تعلق
به حق المحال فانه انما رضي بتقييد حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه من المحيل عليه او بيده فتعلق به حق استيفائه
واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن من اخذها ولو فعل للمودع او غيره الى المحيل ممن كان انه استهلك
محلا مشغولا بحق الغير على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن لبطلان
حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد
ما اتفقا في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى
المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا سوى العين الذي له يد المحال عليه او الدين الذي عليه فالمحال
اسوة للغرماء بعد موته خلافا لزفر وهو الفيا ان لا يدين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل وهو ما راجيا من
هذا المال ولهذا لا يكون له ان يأخذه في حال حيوته وكذا بعد وفاته فكان المحال كان لم يبق تعلقا بهذا المال
لتعلقه في حقه وحق الغرماء لم يتعلق في حقه فيقدم المحال على غيره المرتهن تعلقا العين الذي بيد المحال
عليه للمحيل او الدين الذي له عليه يصير مملوكا للمحال بعقد الحوالة لا يدا وظاهرا ولا رقبة لان الحوالة ما
وضعت للنقل ولكن يبقى الغرماء ولما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص

بالمرهون

بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه قوله وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك
المحيل وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة بيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل باخذ المحيل ماله
عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير للشأن لا تعلق بحق المحال به اي بما عند المحال عليه و
عليه بل تعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فاخذ ماله عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس
للمودع والغاصب ان يوفي دين المحال من الوديعة والمغصوب للمحيل ان يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت
قال ويكره السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته يقال للشيء
المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض
انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط
خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا
وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم يكن فلا بأس به لكن لم يقل انما اورد هذه المسئلة في
هذا الموضع انما معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون والله اعلم

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بالبعض منها وهو قضاء القاضي والقاضي
يحتاج الى خصال يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها
الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد ويجوز ان يعرف بانه ملكة يعصم من قامت به عما يشينه ولا
شك ان القضاء بالحق من اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله امر الله به كل مرسل
حتى خاتم الرسل محمد صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال
ان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم **قال** ولا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول
واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بقوله غيره لا بطلبه التولية
شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والبلوغ والعقل يكون اي المولى من اهل الاجتهاد اما الاول
يعني اشتراط الشهادة فلان حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة
من باب الولاية وسوق تنفيذ القول على الغير شأنهما وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له
شرائط الشهادة لان ولاية القضاء لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة او مرتبة عليها كانت اولى
باشتراطها وربما لوح المصنف بقوله يستفاد استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا
للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق اهلا للقضاء لاهلية للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه ينبغي
ان يقلد لانه لا يؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه ينبغي ان يقبل القاضي شهادته
ولو قيل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين
شهد لهم النبي عليه السلام بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا فسق باخذ الرشوة
بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنى وشرب الخمر لانه الى ذا لم يشترط القول هذا التقليد
بتقاضي المحترم فيستحق القول فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل

واليه اشار الامام البزدوي رحمه الله بقوله وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب
وروي عن الكرخي رحمه الله انه معزول بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف رحمه
الله ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي
رحمه الله ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن علمائنا الثلثة رحمهم الله في
الفوائد انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي رحمه الله فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل شهادته عنده
وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال
بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل فسق معزول به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده
فلا يكون راضيا بتقليده دونها فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول
الفقهاء البقاء اسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري والاول
ثابت لانه من مسائل هذا الفن يبتني عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بالشهود وامتناعه ابتداء وبدأ
وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فيبقى الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطاري
والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء وهو
الامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامر عليهم زيد
بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر امير كم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة امير كم وكذلك تعليق
عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب ثبوت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط
يسمى بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت
التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة لان مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة الا يرى
ان من الامراء من غلب جائرا جاز واحكامه والصحابة تقلد والاعمال منه وصلوا خلفه واما مبنى
القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة والفاسق اهل يصح تقليده
قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصح لانه يخاف ان ينسب الى الخطاء فلا
يترك الصواب واما الثاني فمعنى اشتراط الاجتهاد للقضاء فلفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية
لوقوعه في سياق لا يصح وقد ذكر محمد رحمه الله في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح
ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف رحمه الله القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي
فان لم يكن له رأي وسأل فقيها اخذ بقوله قوله واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده
بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل
ان يكون المراد من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي
رحمه الله فانه علق له بقوله اذا الامير بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون
الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر
ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره يؤيده ما ذكره احمد ابن حنبل رحمه في مسنده علي رضي

رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وانا حديث السن فقلت تبعثني الى قوم يكون
بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين
بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط الجواز لان عليا رضي الله عنه حينئذ لم يكن من اهل الاجتهاد ثم للمقلد
ان يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان
الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدول فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن الموازين
فانه طعن بلا دليل فالمقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا
فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرت في التقرير مفصلا وحاصل ذلك ان يكون المجتهد صاحب
حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يستغل بالقياس في المنصوص
عليه والفرق بين العبارتين يؤخذ وقيل وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب القوة اي
طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات المكدرة سهل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب
على ما يصلح ان يكون سببا له من عرف وعادة فان من الاحكام ما يبنى عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام و
تعاطي الجزء وغير ذلك **قال** رحمه الله ولا بأس بالدخول في القضاء ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه
انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض امر به الانبياء عليهم السلام قال الله
تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم
انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس ومن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه
لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر
واعترض بان الدخول في فرض الكفاية ان لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما في صلوة الجنازة وغيرها واجيب
بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان به بأس قال رحمه الله ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز ومن خاف
العجز عن اداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيكره له الدخول فيه كيلا يصير الدخول فيه
الدخول شرطا اي وسيلة الى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من
الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشا وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معتبر مثل ان يقول
لي على فلان اولى على مطالبته بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء وبعض السلف الدخول فيه مختارا
سواء وثقوا بانفسهم وخافوا عليها وفسر الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد رحمه الله في ادب
القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا يرى ان ابا حنيفة رحمه الله دعي الى القضاء ثلث
مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى يستشير اصحابي فاستشار ابا
يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف رحمه الله لو تعلمت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رحمه الله نظر المغضب
وقال رأيت لو امرت ان تعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى
القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم
من حمل على القضاء فكانما ذبح نفسه بغير سكين رواه ابو هريرة رضي الله وذكر الصدر الشهيد رحمه الله

وظاهره يشير

في ادب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال لان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير
سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وقال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعلمه
لكن باطنه هلاك وكان شمس الائمة الحلواني رحمه الله يقول لا ينبغي لاحد ان يتردى هذا اللفظ كيلا يصير ما اصاب في ذلك
القاضي فقد حكي ان قاضيا روى له هذا الحديث فازدراه فقال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلس من سوى شهره فجعل
الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقى رأسه بين يديه ثم قال المصنف رحمه الله والصحيح
ان الدخول فيه رخصة طمعا في قامة العدل روى الحسن عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه اذا قلد من غير مسئلة لا بأس
به وقال اتركت عزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة ان
كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح ادب القاضي للخصاف رحمه الله دخل في القضاء قوم
صالحون واجبت قوم صالحون وتركت الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم انه يقضي بحق ولا يدري اقدر
على الوفاء به او لا وفي ترك الدخول صيانة نفسه هذا اذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء فاما اذا كان هو
الاصل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم عن الفساد في الحدود
والقصاص واذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول اثموا ان كان السلطان
بحيث لا يفصل بينهم والا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى قال
رحمه الله وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا سأل لها من صلح للقضاء ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسأل لها
بلسانه لما روي انس بن مالك رضي الله عنه من قوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر
عليه نزل عليه ملك يسدده وكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان
النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه واعجب فيحرم التوفيق
وينبغي ان لا يشتغل المراد بطلب ما لو نال يحرم به واذا كره عليه فقد اعتصم بحبل الله متكسر القلب
بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد والتوفيق قوله
ثم يجوز التقليد تفريع على مسئلة القدوري بين انه لا فرق في جواز التقليد لاهله بين ان يكون المولي عادلا
او جائرا وكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر وهذا لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء
من معاوية رضي الله عنه وكان الحق مع علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر
رضي الله عنه وانما قيد بقوله في نوبته احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان رضي
الله عنهم وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب
الامامة في اصول الكلام وعلماء السلف والناس تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله
اذا كان لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه
من القضاء ولا يحصل المقصود بالتقليد فلا فائدة لتقليده فلا اما اذا كان يمكنه قال رحمه الله ومن
قلد القضاء سلم ديوان القاضي الذي كان قبله من تولي القضاء بعد عزل آخر سلم ديوان القاضي
الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتاب

وكتاب الاوصياء وتقدير النفقات لانها اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون
حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء والا لا يفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب
منفذا عن الذكر والشبه حجة لانها تؤول اليها بالتذكير ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة ورفا
كان اوراقا لا يخلو عن امور ثلثة اما ان يكون من بيت المال او من مال الخصوم او من
مال القاضي الاول فان كان الاول فوجه تسلم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم
في الصحيح لانهم وضعوها في يده لحله وقد انتقل الى المولي وكذا ان كان من مال القاضي هو الصحيح
لانه اتخذه ذخيرة لا تجارة وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ ان البياض
اذا كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح
فيهما ما ذكرنا وقوله وبعث امينين لتسلمه وهو ان بعث المتولي رجلين من ثقاته
وهو احوط والواحد يكفي فيقبضانها حضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل
نوع في خريطة على حدة كيلا يشتبه على المولي وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط
بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولي فلم يتقدم له عهد لذلك
فان تركته مجتمعة يشتبه على المولي فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا
السؤال اي سؤال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون
قوله حجة ومعنى قبضا ذلك عنان على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قبل قوله وهذا
السؤال لكشف الحال يدل على ان السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وهنا
ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات
وغيرها وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه اي يسألان شيئا فشيئا عنها
وليس بشيء لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله
بينت له حسابه بابا بابا ونظر المولي في حال المحبوسين بان بعث الى الحبس من يحضرهم ويأتي
باسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لاحوال المسلمين وقول المعزول ليس
بحجة كما تقدم فلا بد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف بحق الزمه اياه
وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ولي الواجب على نفسه وعقوبته اي حبسه ومن انكر ما يوجب
الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينة لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة العزل
غير مقبولة كسائر ما اذا كانت على فعل نفسه فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود
ردهم الى الحبس لقيام الحجة وان لم يعرفهم يسأل عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم تقم او لم يحضر
خصم وادعى المحبوس ان لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يحل تخليته حتى ينادي عليه اياما اذا حبس بقول المنادي
ان القاضي يقول من كان يطالب فلان ابن فلان المحبوس الفلاني فليحضر فان حضر الا فمن راى القاضي ان
يطلقه فان لم يحضر رجل منهم خصم اخذ منه كفيلا بنفسه واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يحل بالتخلية ويظهر

امره كيلا يؤدي الى بطال حق الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا حضر والفرق لابي حنيفة رحمه
الله في اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا على المسمى وان في مسئلة القسمة
الحق للوارث الحاضر ثابت يتعين وفي ثبوته للغير شك فلا يجوز تأخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق
للغائب ثابت سعر نظرا الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا
على الخلاف فلا يحتاج الى فرق وذكر المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل ههنا بالاتفاق فالفرق المذكور يكون محتاجا اليه
وان قال لا كفيل لي او لا اعطي كفيلا فانه لم يجب على شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا
فاذا امتنع احتياط بوجه آخر وهو عمل بالنداء عليه شهرا وينظر المولى في الودائع وارتفاع الموقوف لانه ظلما
في امور الناس فعل في المذكور على حسب ما يقع به البينة او باعتراف من موبده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك
حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول
لانه باقرار ذي اليد ثبت ان المعزول سلمها اليه فقبل فيها قوله لانه باقرار ذي اليد كانت للمعزول فيصح اقرار
المعزول به كانه بيده للحال ولو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد
المودع الا اذا ابداه ذو اليد بالاقرار لغير من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن
قيمته للقاضي باقراره الثاني وسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على جملة اوجه وذلك
لان من بيده المال اما ان يقر بشيء مما اقر به المعزول او يجحد كله فان كان الثاني فالقول قوله ولا يجب
بقول المعزول عليه شيء وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي الي وهو لفلان بن فلان من اقر
له القاضي وهو المذكور في الكتاب ولا يتعلله واما ان يقول دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه
حكم المذكور في الكتاب والتعليل للعلل واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير من اقر له القاضي وحكمه
ما تقدم لانه لا بد له بالدفع من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده لما مر ثم اقر انه لفلان وهو لا يصح
واما ان يقول هو لفلان غير من اقر له القاضي ودفع الي القاضي وهو المذكور في الكتاب اخرا وحكمه ان
المال يسلم الى المقر له اولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني وسلم المال الى المقر له من جهة القاضي
ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وهذا لان اقراره الاول لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك
دفعه الي القاضي وهو لفلان آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره بغير من اقر له القاضي اتلف
المال على من اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل والقيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره
رحمهم الله وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل بالبعد اولا وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية
بين ما بداه ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بداه بالاقرار للغير لشمول الضمان او شمول العدم ولم اراحدا
ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يحار الحال بعده
والا فلا وذلك لان الاقرار من لا يد له لصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد لشخص ثم بعده بالملك
لغير بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا ملك له واذا اقر بالملك لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد
ان يبطل الاول وليس له ذلك لكونه اقرارا في حق غيره ولكنه سمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه بالتلف فعقد

حقه باقراره لغيره في وقت يسمع فيه ذلك قال رحمه الله ويجلس الحاكم جلوسا ظاهرا في المسجد الحاكم يجلس للقضاء جلوسا
ظاهرا في المسجد كيلا يستنكر مكانه على القراء وبعض المعتبرين وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال والمسجد الجامع اولى
لانه يشتهر واوثق للناس قال الامام علي البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا في طرف فانه يختار
مسجدا في وسطها كيلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد
لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس كقوله تعالى انما المشركون نجس ولحضر الحائض وهي ممنوعة عن الدخول
في المسجد وفصل مالك رحمه الله بين ما اذا كان الحكم في المسجد فيقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل
الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم
وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في
المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلوة قوله ونجاسة
المشرك جواب عن دليل الشافعي وتقديره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه بشيء والحائض تخبر بالها فيخرج
القاضي اليها او الى باب المسجد ويبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصومها كما اذا كانت الخصومة في الدابة
فان قيل يجوز ان يكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فيخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا
بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك قال الامام فخر الاسلام
اذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها باذن الناس في الدخول لان لكل احد
حقا في مجلسه يجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة اذ في الجلوس وحده
تهمة الظلم واخذ الرشوة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم الحاكم لا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له
او ممن جرت معاملته بالمهاداة قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضاء اذا لم يكن على صفة
المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن زبير عن ابي حميد الساعدي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم
وهذا اهدي لي فقال صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له اولا واستعمل
عمر رضي الله عنه ابا هريرة فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول ونلاحت اهدايا فقال ايعدوا
اهلا صدقت في بيتك فينظر اهدي اليك ام لا فاخذ ذلك منه فجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة
اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم
وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان بينهما مهاداة قبل القضاء او لا يكون وعبارة النهاية
تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته
ولم يزد فلانه ليس بالاطلاع القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان
المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة او لا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا سواء كان قريبا او مهاديا قبل
القضاء او لم يكن والثاني اما ان يكون قريبا او ممن جرت العادة بذلك او لا والثاني كذلك لانه اتصل بالقضاء

فتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد فالسبيل للعام ان زاد على المعتاد عند ما ازداد
حالا بقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشايخ فبعضهم قالوا
يضع في بيت المال وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او
يعرفهم الا ان الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما الحق
اليه لعله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي دعوة
الا ان تكون عامة قيل وهي ما يكون فوق العشرة وما دونها خاصة وقيل دعوة العروس والجنازة عامة
وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المصنف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة
وابي يوسف وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية وقيل في الفرق لهما بين الضيافة
والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزا حضور دعوته انما قالوا في الضيافة محمول على قريب
لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وانما حدث بعده وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كان
بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر شيخ الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمصنف خصم
ينبغي ان يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الآخر والى التهمة قال ويشهد
الجنازة ويعود المريض الحاكم يشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم
للمسلم على المسلم ستة حقوق روى ابو ايوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم
ستة خصال واجبة ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده و
اذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين
ولا تضيف احد الخصمين لانه عليه السلام نهى عن ذلك روي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان يضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه لان الضيافة والخلوة مورث التهمة قال وان
حضر سوى بينهما اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاه والآخر فقيرا او كانا ابا
وابنا يسوي بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب
الى القاضي فيفوت التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان
خاصم رجل السلطان الى القاضي يجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه
ويجلس الخصم فيه ويقعد القاضي على الارض لم يضيف بينهما كيلا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الآخر وفيه دليل
على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه
قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس الاشارة قال ولا يساره احدهما
ولا يشير اليه لا يعلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه ولا بلفتة جيده ولا يضحك
في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الآخر فنهي عن طلب حقه فتركه وفيه
اجتراء من فعل به ذلك على خصمه ولا عاذر لهم ولا واحد منهم لانه مذهب مهابة القضاء وينبغي ان يقيم

ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته وينهاهم عن اساءة الادب ويقال له صاحب
المجلس والشرط والوبف والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين
من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس قال وكبره ملقن الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد به
الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول تشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فكبره كتلقين
الخصم وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاحياء
حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاستحلاف
والتكفيل واما في موضع التهمة مثلا ان ادعى المدعي الفا وحسابه والمدعى عليه ينكر حسابه وشهد الشاهدان
ان قال يحتمل انه ابرأه الخانة واستفاد الشاهد علما بذلك فوقف في شهادته لما وقف القاضي فهذا لا
يجوز بالاتفاق وناخير قول ابي يوسف اشبه الى اختيار المصنف والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار الخصم

فصل في الحبس

لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرد وارده في فصل على حدة وهو مشروع
بقوله تعالى او ينفوا من الارض فان المراد به الحبس وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه و
سلم حبس رجلا بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن
وكان يحبس في المسجد والدهلية حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناه من قصب
وسماه نافعا فضيقه اللصوص فبنى سجنا من حجر فسماه نخيرا ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها فاذا
امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء فلا خلاف في ان لا جبر بالضرب
فيكون بالحبس قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب حبس غريمه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب
الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان يثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يحل حبسه وامر بدفعه عليه لان
الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اولى الامر لان من حقه
ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استقصي المال فان اتيت او جئت حققت فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فحبسه
فان كان الثاني حبسه كما ثبت لظهور المماطلة بانكاره وروي عن شمس الائمة السرخسي فكذلك وجهه
ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يتعنت ويقول ما علمت له دينا علي فاذا علمت الآن لا اقدر في قضائه
ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس بخمسة الدرهم وجاء دونه لان
مانع ذلك ظالم فيجازى به المحبوس في الدين لا يخرج لجمع رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلوة مكتوبة و
جمعة فيرجعه وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان له من يكفنه ويغسله لان حقوق
الميت تضيع مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين
وليس في هذا القدر من الخروج كثير ضرر بالطالب ان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع لصيانة قلبه فيتسارع
الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم اخرجه لانه اذا لم يكف له من يمرضه ربما يموت
بسببه وهو ليس بمسجى عليه ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته فيطأها حيث لا يطلع عليه احد لانه
غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج وقيل الوطء ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع

خلاف الطعام ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه لتشاوره في قضاء الدين ويمنعون عن طول المكث
قال وان امتنع حبس في كل دين لزمه بدلا فان امتنع الزيم عن اداء ما عليه حبس اذا طلب الخصم ذلك كما مر فلا
يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه فقال بعضهم
كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي وقد ذكر العقد وروى هذا القول بقوله
حبس في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف على
ذلك بقوله لانه اذا حصل المال في يده يثبت غناؤه وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يزول بالمحتمل
بقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل غناه اذ هو لا يلتزم الا بما يقدر على اداءه وهذا موجب التسوية
بين ما كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد
بالمهر معجله دون موجله لان العادة جرت بتسليم المعجل وكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري
ولا يحبس فيما سوى ذلك معنى ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال في فقير لانه لم يوجد دلالة اليسار
فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا يستهلكه فيحبس وروى المعافى عن اصحابنا رحمهم الله
ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الادمي
يولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون
مع يمينه وروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف لانه عرف دخول
شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك
فالقول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم يوف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو
العسرة فذلك ثلثة اقوال وفي المسألة قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة
فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة الخادم والاخر ان حكم الزي ان كان زي الفقراء كان القول
له وان كان زي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم
يكلفون بالزي مع حاجتهم حتى لا يذهب ما اوجبهم ظاهر الزي فيهم دليل اليسار وقوله وفي النفقة بيان
لما هو المحفوظ من الرواية وذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة
الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج وفي كتاب العتاق
ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان مسئلتان محفوظتان
تؤيدان القولين الاخيرين اما تأييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول قول
الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكرا ولا كان القول
قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تأييدهما للذي كان القول لمن عليه الا
فيما بدله مال فانه لما لم يكن بدل المال وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول من عليه فعلم ان
الصحيح هو القولان الاخيران وقوله والمجمع على ما قال في الكتاب معنى العقد وروى جواب
عن المسلمين نصرة للمذكور فيه وتقديره انه اي النفقة على تأويل الاتفاق ليس بدين مطلق بل فيه

معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح هو ما لا يسقط الا بابرائه من له او بقاء
من عليه وكذا ضمان العتاق عند ابي حنيفة وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبس في كل دين لزمه بدلا
من مال او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق فيما اذا به يحصل الاستدلال على القدرة لانه اذا علم انه لا
يحصل الخلاص منه في حيوته ومماته من جهته الا بالايفاء واقدم عليه دل على انه قادر عليه ثم فيما كان القول فيه
قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك عليه بالبينة فيما كان القول قول من عليه يمهله الحاكم شهرين او ثلثة
ثم يسأل جيرانه عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه المطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار ماله
ان كان مخفيا فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر ويروى غير التقدير بشهرين او ثلثة
وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر اجل قال عمر الامة الحلواني هو ارفق الاقاويل وفي هذا
الباب وروى الحسن عن ابي حنيفة اربعة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم بل هو
مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم لا
يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر فان وقع في روعه ان هذا الرجل يضجر بهذه المدة يظهر المال ان
كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك فان سأل عنه فقامت بينة على عسرته اخرجه القاضي من الحبس
ولا يحتاج في البينة الى لفظ الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احوط اذا
لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب الاعسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة
فان شهد شاهدان انه معسر خلي سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث
فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي فان استحلفا المطلوب الطالب على انه لا يعرف انه معدم خلفه القاضي
فان نكل اطلقه وان حلفا ابقى الحبس وقاضي الاسلام هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه
احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة وللقاضي ان يعمل برأيه و
لكن لو سأل كان قبل محمد قبل البينة على اليسار ولا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء لان الشهود لم يشهدوا
بمقداره ولم يقبل فيما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام
الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فالفرق بينهما
واجب لان الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين والقدرة عليه انما تكون بملك مقدار الدين
ثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء
معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما قال فان لم يظهر له مال خلي سبيله فان
لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي رآها القاضي برأيه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ لشهر
او شهرين او اربعة اشهر على ما تقدم خلي سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة لقوله وان كان ذو عسرة
فنظرة الى ميسرة فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله بعد مضي مدة متعلقا بقوله خلي سبيله فقال
المفهوم من كلامه انه لا يخليه ما لم يمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا في نسخ ادب القاضي وقالوا
واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي

المدة بان اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد بذلك شاهدان انه مفلس معدم لا يعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثيابه
لبسه وقد اجزنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان يقبل في رواية ولا يقبل في رواية الاصل عليها عامة المشايخ
وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد فيه روايتان في رواية لا يحبس وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابو بكر
محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن ابي حنيفة رحمهم الله وفي اخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر
يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة لانها على النفي فلا تقبل الا اذا تاريخت لمويد وقبل الحبس او تاريخت واذا
حبس ومضت مدة فقد تاريخت اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يحتملها قال
في الكتاب اي القدوري خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون
بعد اخراجه من الحبس في الملازمة تهل للطالب ذلك ام لا وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى
وذكر في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم سأل عنه فان كان موسرا اريد حبسه وان
معسرا خلي سبيله وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في اول الفصل ان الحق اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة
فيحتاج الى تاويل فلهذا ذكره المصنف وتاويله بقوله ومراده اي مراد محمد اذا اقر عند غير القاضي او عنده
مرة قبل ذلك وظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقله
عنه من العكس كما تعدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التاويل قوله
والحبس ولا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس او لا مدة ما بيناه ليس مخالفة لما بيناه ليحتاج الى
ذكره بها فلا يفيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصله
على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والده في دين ولده لانه
نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال الله تعالى ولا تقل لهما اف واخفض لهما جناح
الذل من الرحمة الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس
الوالد لقصده اتلاف الولد ولان النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها وساير الديون لم تسقط به
فافترقا وكذا لا يحبس المولى لعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء وكذا العبد
لمولاه لانه لا مستوجب عليه دينا وكذا لدين مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا
كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله وكذا المكاتب لدين
الكتابة ليمكنه من اسقاطه فلا يكون مانعا ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو
ظاهر الرواية وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة **باب**
كتاب القاضي الى القاضي اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان السجن يتم بقاض واحد
وهذا باثنين فالواحد قبل الاثنين والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس
المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة الخط المزور واذا الخط يشبه الخط
والختم الختم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء قال ويقبل كتاب
القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق ثبت بالشهادة دون ما يندرئ بها او الشبهة

به يعم الشان عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى عجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان
يشهدوا على خصم او لا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب فلا بد منه لئلا يقع
القضاء على الغائب فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب حكمه وهو
المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب
بالشهادة يحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ
وافق رايه او خالفه لانه ثبت الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اصل الحكم به وقد يشير الى ذلك
قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويخص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم
لمعلوم على معلوم وسنذكر ما عداها ان شاء الله تعالى قوله وجوازه هو الموعود بقوله على ما نبين وهو يشير الى
ان هذا ثابت لشبهته للشهادة على الشهادة لا خلاف المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز
الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا جوز الكتاب لذلك ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم
انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله يعني قول القدوري في الحقوق مندرج تحته الدين
والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه
الكتاب فكذا فيما كان بمنزلته قوله وهو يوف اي الدين يوف بالوصف يشير الى ثلثة اشياء الى ان الدين انما
يجوز فيه الكتاب لانه يوف بالوصف ولا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتابة
الى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها يوف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى
الدين محتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل المراة في دعوى النكاح من الجانبين وكذا في
الجاني فكانت بمنزلة الثياب والحيوان وكتاب القاضي لا يجوز في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة
الى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به انما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو من الافعال
الا يرى ان الاشارة الى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالاجماع بعد
كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا بعد
في الاعيان المنقولة للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزوا في العبد والجواري واستحسن
ابو يوسف في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون الامة فان العبد يخدم خارج البيت غالبا
فيقدر على الاباق فتحتاج الى الكتاب بخلاف الامة فانها تخدم داخل البيت غالبا وعنه اي عن ابي يوسف
انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه يعني الكتب المبسوط كالمبسوط وشروح ادب القاضي وصفة ذلك
ما روي ابق عبد له الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى بخاري فطلب من قاضي بخارا ان يكتب
بشهادة شهوده عنده يجيبه الى ذلك ويكتب شهد عندي فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت
ملك فيه ويرسلها الى سمرقند فاذا انتهى الى المكتوب اليه حضر العبد مع من يدعيه ليشهدها عنده عليه بالكتاب ويعاينه
فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي له به لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة
العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة والكتب كتابا الى

قاضي بخارا وشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلما في الكتاب وان وصل الى القاضي بخارا وشهدا بالكتاب وختمه
امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه وملكه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب
الى ذلك القاضي بابعث عنده ليبرأ كفيله وفي رواية عن ابي يوسف ان قاضي بخارا لا يقضي للمدعي بالعبد
لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده وشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه
يبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به عضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب يفعل ذلك وبراءة الكفيل وصفة
الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد امين
لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه ولكن ابو حنيفة ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه
العبد يستخدمه قهرا ويستغله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لان الحلية والصفة
تشتبهان فان المتلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد رحمه الله انه يقبل
في جميع ما نقل ويحول وعليه المتأخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول قال ولا يقبل الكتاب
الا بشهادة رجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة شهادة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط
الحجة فلانه ملزم والالزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع
عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق وكان الشعبي يقول يجوز كتاب القاضي الى القاضي
بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب واجاب المص بقوله بخلاف كتاب الامام يعني اذا جاء من اهل الحرب
في طلب الامان فانه مقبول من غير بينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان
وتركه وخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل
هو بالشهادة الا يرى انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل يشير الى
ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها والقياس يقتضي اتحاد
كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله او اتحادهما في عدمه لان القياس
يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب
دون الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد من موضع القضاء فكان
كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض
وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا قال ويجب ان يعتبر الكتاب عليهم ليعرفوا ما
فيه شرط ابو حنيفة ومحمد علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود وهذا يجب ان يقرأ عليهم كتابه عليهم
ليعرفوا ما فيه او يعلمهم ما فيه لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى الا من
شهد بالحق وهم يعلمون ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او هذا الختم
وهذا قولهما وقال ابو يوسف انه يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم فيكون
معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف اما شيء
من ذلك ليس بشرط بل اذا شهدهم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب

المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا شهدا في ذلك ولما ابتلي بالقضاء وانما قال آخرا لان
قوله الاول مثل قول ابي حنيفة ومحمد واخبار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف شرا على الناس قال
واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي
الكاتب شرع في بيان المتعلقة بجانب المكتوب اليه واذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم
لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي
الكتاب فانه جائز بغيبة الخصم لان سماعه ليس بالحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال
في شرح الاقطع قال ابو يوسف رحمه الله يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يخص المكتوب اليه
فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع عاملا في الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به قال
فاذا سلمه الشهود اليه اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظرا الى ختمه فاذا شهدوا
ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على
الخصم والزمه ما فيه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه
قبله وفتحه لما انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث
لم يقل فاذا شهدوا عدلوا قال المص رحمه الله والصحيح انه يفض الكتاب اي يفتحه بعد العدالة
كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم يظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما
يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا
فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك وهذا يرى انه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود
اذا كانت العدالة شرطا فلم يظهر فاما اذا لم يكن شرطا فكما ادوا الشهادة جاز قضاؤه
فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح
بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن و
قد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب يعمل به ما لم يظهر عدالة الشهود
على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل للكتاب لا به ولعل الاصح ما قال محمد رحمه الله من تجويز
الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير توقف بعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد
في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل وخرج
عن اهلية القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض
المشايخ قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب قال ابو يوسف في الاملاء
يعمل به وهو قول الشافعي لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه
ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة
شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء ولنا القول بالموجب
وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي

ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة وما وجب على القاضي
لسماع البينة قضاء ولكنه غير تام لان تمامه يوجب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه وصوله اليه
وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها واستدل المصنف بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا
ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملها وهذا ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او الخروج عن
الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى
وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لا يبقى بعد الموت او الخروج عن
الاهلية اولى وكذا الوفات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي رحمه الله يعمل به من كان قايما
مقامه في القضاء كما لو قال والي كل من وصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد
على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصار واكالامناء في الاموال وهنا قد لا
يعتمد على كل احد فكذا ههنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان
قاضي بلد كذا والى كل من يصل من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم
ثم خبر غيره تبعا له بخلاف ما اذا كاتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين فانه لا يصح عند ابي حنيفة وقيل الظاهر ان محمدا معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه
شرط كما مر وسوره لقول ابي يوسف في جوازه فانه حيز ابتلي بالقضاء وتتبع كثيرا تسهيلا للامر
على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت
المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود وقال الشافعي في قول يقبل لان
الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهود وهي غير مقبولة فيهما ولان
مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل آخر

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب
القاضي اذا سجلا اتصل به قضاؤه فعلى القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان محلا مجتهدا فيه بخلاف الكتاب الحكمي
لان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتاج الى بيان تعداد محل الاجتهاد وذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان
ذلك وما يلحق به وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخر شاذ في ذلك لانه ليس في ذلك كتاب
فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر في ادب القاضي فانه تقدم فصل الحبس بهذا فصل
آخر قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في
الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه له في اول ادب القاضي ان حكم القاضي مشتق
من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء
وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء في غيرهما وقيل اراد به ما مر من قبل
مخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا تعتبر فيهما وشهادتها
كذا كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعذر وبغيره الا
الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء

بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يجوز له
ان يستخلف لاستيداء الجمعة على شرف الفوت لتوقتها بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر من الخليفة
اذنا بالاستخلاف دلالة لكنه انما يجوز اذا كان الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح
الاول الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا منتفع واعترض بما
اذا فسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة واجيب بانه لما
صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للاول التحق القوم بمن شهد الخطبة وان كان الخلافة بالبناء لتقدم شروعه
في تلك الصلوة اولى فانه لو قال ولا كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت
يفوت بالتأخير عند العذر فاذن بالجمعة حيث علم انه قد يعرض له عارض يمنعه من اداءها في الوقت
فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء فلو فرض انه استخلف وقضى الثاني بحضرة الاول وقضى الثاني
عند غيبة الاول فان اجاز الاول جاز اذا كان من اهل القضاء لما في الوكالة فان الوكيل اذا لم يؤذن له
بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازة الاول جاز وقد مر لانه حضر رأي الاول بصلح دليلا للمسئلتين
اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضر رأي القاضي وقت تقلده لاعتماده على علمه وعلم
والحكم الذي حضر القاضي او اجازه قضاء حضر رأي القاضي فيكون راضيا به واما في الوكالة فسيجيء
في كتاب الوكالة قبل الاذن في الابتداء لا اجازة في الانتهاء فلم اختلف في الجواز وعدمه واجيب
بالمنوي ان البقاء اسهل من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضر رأي القاضي
وان رضي الخليفة بتولية القاضي مقتديا به قوله فاذا فوض اليه بملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ولّ من شئت
كان له ان يولي غيره نيابة عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة ولا
يملك الاول عزله الا ان يعزله الخليفة كالمستبدل من شئت فيملك الاول عزله وهذا بناء على ان امر القاضي بالتولية
الى غيره ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ولّ من شئت واقتصر على ذلك كان امرا له بالتولية والعزل خلافه فاذا
اضاف الى ذلك والمستبدل من شئت كان امرا له بهما فلانا له فاذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان
اذنا بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليدا وعزلا كذا في الذخيرة
قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا
وايصاء واجيب بان ذلك وجوب الوصاية بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية فلا يمكنه
الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره وكذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل
والايصاء ولا يملك التقليد والتعليل المذكور في التقليد بعينه واجيب بان المقلد يفعل الا بعمل الوكيل
والوصي فيكون يقع الفساد في القضاء اكثر قال ــــــ واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه
اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا نفذه ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل نكاح
المسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه او السنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة
ثلاثا للزوج الاول بحضرة الناكح بدون اصابة الزوج الثاني اشترط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرنا

ذلك صح

الاختلاف في سنده

حاق التقرير على ما ينبغي او الاجماع لا الحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه او يكفر فيه لا دليل عليه قيل لا اذا مضى
على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتأخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك وفي بعض النسخ
بان يكفر وكذا تعليل الاستثناء فانه يقتضي عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة حيث انه يكفر
قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر لم يجز ذلك
امضاه وفيه فائدتان احديهما انه قيد بالقضاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق
قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذ المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة والثانية انه قد يقول يرى غير ذلك
اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه او مخالفا فانه اذا انفذه
وهو مخالف لرأيه فيما اولى ورواية النوادر ساكتة الفائدتين جميعا والاصل في تنفيذ القاضي اذا رفع اليه اذا لم
يكن مخالفا للادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد
الاول لان كلا منهما مجتهد والقضاء وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض باجتهاد دونه درجة وهو ما لم يقل القضاء به
ولنا لان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فيكون بمنزلة الفرع من وجه الاصل فيكون ان يجاب عنه
بان الفرع لا يعلو من وجه الاصل من حيث هو عنه او مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون من وجه الاصل من حيث
بقاء الاصل عنده وجواز ما يرفعه من اصل الفرع اذ الشيء المساوي للشيء في القوة لا يدفع ما يساويه ويدافع شيئا
آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه ويؤيده ما روي ان عمر رضي الله عنه انه لما شغله اشغال المسلمين استعان
بزيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال ان زيدا قضى
علي يا امير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك فقال ما منعك يا امير المؤمنين الساعة قاض
لي فقال عمر رضي الله عنه لو كان هنا قاض آخر لقضيت لك لكن هنا رأي والرأي مشترك ولو قضى القاضي في
المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان وجه النفاذ
وهو قول ابي يوسف ايضا بطريق الاولى انه ليس خطأ بيقين لكنه يجتهد فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كولاية
المجتهد له ووجه عدمه انه ترك مقتضى قضائه وهو مأخوذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد لا ينفذ
في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده فيعمل به بزعمه قال المص وعليه الفتوى قال
ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا لما ذكرنا ان حكم الحاكم في كل مجتهد فيه ما خ اراد ان يبقى
المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع
فاذا حكم حاكم بحله في ذلك ورفع الى آخر لم ينفذ بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع الى قاض ثالث
نقض لانه بالحل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني
نفذ كما مر فان نقضه فرفع الى ثالث فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول
في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع بالحل لا ينفذ والمراد
من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح
آباؤكم من النساء فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته ووطئها ان وطئها

الاب

ومخالفة البعض صح

الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة ما ذكرنا والمراد بالاجماع
ما اجمع عليه الجمهور اذ اجماع الناس واكثرهم غير معتبر لان خلاف الاقلين اختلاف فمعنى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف
ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه وينبغي ان يحمل كلام المص هنا على ما اذا كان الواحد
المخالف ممن لم يستوف اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في تجاوز ربا الفضل فانه لم يستوف ذلك فلم يتبعه احد
وانكروا عليه فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا استوفى
له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة
وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار
عند شمس الائمة ولعله انما ذكر المص والاجماع على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بحجة عند
عامة العلماء قوله والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو
الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برأيه
بخلاف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم يوم لم يرد بذلك كان له ان ينقضه قال
وكل شيء قضى به القاضي في ثم الظاهر بخبرهم كلما افتى القاضي بخبر من الظاهر اي فيما يثبت بقول الباطن اي عند
الله حرام وكذا اذا افتى باحلال لكن شرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق لا في الاملاك
المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور كما لو ادعى على امرأة نكاحا و
انكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف الآخر وكذا اذا ادعت على
رجل وانكر ومنها ما قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثلا ان قال بعت هذه الجارية
او من جهة البائع مثلا ان يقول اشتريت هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعا سواء كان
القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بمن مثل فيه الجارية او بانفراد بها بغير الناس او احد بعض
المشايخ لان الشهادة لانشاء النكاح قصدا والانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع
يعني فاسد جبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات وقال
بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بمحضر من الشهود لانه شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش
لان القاضي يصير منشئا وانما يصير منشئا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع ومنها
الفسوخ ما اذا ادعى احد المتعاقدين فسخ العقد والجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطؤها
ومنها اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر
بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان
احد الشاهدين اولم يعلم ذلك وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطء لان الفرقة عندهما لم يقع
باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك واما الزوج الاول فلا يحل له الوطء عند ابي يوسف آخرا وان كانت الفرقة
لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس يحدونه وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابي يوسف الآخر

يحل وطئها سرا وعلى قول محمد يحل للاول وطئها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة
الحال او لم يعلم قال ولا يقضي القاضي على غائب القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز الا
اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي ان غاب عن البلد الذي يجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح
في الاصح لان الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجوب الحجة وهي
البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجب القاضي العمل بمقتضاها قلنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة
خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع
المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا او قريبا لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قال
قد علمتم بالشهادة بديننا لانكار اذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انما امر بالامر على الصلاح اذا
الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا لتطاله ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن
سماع الحجة فان الانكار موجود حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بانكار لكنه موجود ظاهرا فيتحقق فيه
فان الاصل عدم الاقرار واذا الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر عن حال الاقرار لان المدعي صادق
ظاهر الوجوه ما يصرفه عن الكذب بحسب العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا وان
قال لو اكذبتم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كانت شرطا فالملازمة ممنوعة
لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب آخر وان قال توقف الحكم على حضور الخصم غير
مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك قلنا الجواب ان النزاع في
ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود وبينة او
او يسلم الدعوى ويدعي الاداء وبينة او يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن
وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفائدة نادر ولانه يحتمل الاقرار الى آخره دليلا آخر على المطلوب
والعمل للشاهد ويجوز ان يتنازع ان وينبه في وجه القضاء واعلم الدعوى معناه ان الشاهد يحتمل الاقرار
والانكار او في وجه القضاء يحتمل من الخصم فيتوقف على الحاكم وجه القضاء لان احكامها مختلفة فان حكم القضاء
بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع وبظهور الزوائد المتصلة والمنفصلة وقد تقدم في اول
باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه يأخذها وولدها
وان اقر الرجل باخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها بينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متزعا
من جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام
الولاية على الغير ولهذا لا ترجع الباعة بعضهم على بعض فان تعذر الخصم بقراءة البينة على المدعي فانه لا يفعل
بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني
وولدي فقال لها اللام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب
اجيب عن الحديث الاول فانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان
الخصم اذا اقر لم يبق للمدعي اقامة البينة ليس محل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب

الا وليس فيه ما يدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عم لعلي رضي الله عنه حين بعثه الى
اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي
وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله عم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان
الا ترى انه لم تقم البينة قوله ولو اكذب ثم غاب فكذلك يعني لا يقضي القاضي في غيبته وان وجد منه
الانكار وكذا اذا اكذب وسمعت البينة ثم غاب فلا القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان
البينة تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقوله سيأتي وفيه خلاف ابي بكر فانه يقول الشرط الاصرار
على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع
لا للاثبات قوله وعن يقوم مقامه اذا ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم
مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول
فاما ان يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر او القاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني
اما ان يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا
لازما سواء كان المدعي واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انه ملكه واكذب واليد فاقام المدعي بينة
ان الدار دار اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعي وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب
وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة او شيئين مختلفين كما
اذا شهد شاهدان لرجل على رجل من الحقوق فقال المشهود عليه هذا عبد فلان الغائب واقام المشهود له
بينة ان فلانا الغائب اعتقه وهو يملكه فتقبل هذه الشهادة والمدعي شيئان المال على الحاضر والعتق على الغائب
والمدعى على الغائب سبب للمدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما
على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شيء واحد في الاول او كشيء واحد في الثاني
لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب واكذب لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهذا نظائر في الكتب
المبسوطة والتسليم يتعرض للسببية واما ان يكون المدعى شيئا واحدا او شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول
المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا
كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة ان رجلا
غائب ان زوجك فلان الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلثا واقامت على ذلك
بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وانكر الطلاق
يجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر
يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان
كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا
يقضي بقصر اليد دون الطلاق علما بها فان قيل كلام المص ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف
المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان اعني ما يدعى به على الغائب شرطا لحقه اي لحق المدعى على الحاضر كما قال لامرأته

ان طلق فلان امراته فانت طالق فادعت امراة الحالف عليه ان فلانا طلق امراته واقامت على ذلك بينة وقال المدعى
لا مغيب به وجها خصما عن الغايب هو قول علة المشايخ لان بينتها على فلان الغايب لا تقبل لان ذلك ابتداء القضاء
على الغايب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغايب كما
في السبب لان دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم
والتوقف فيه اكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغايب وهو الشرط موجود والخصم
المصر المستخف من جهة القاضي وهو مؤمل بنصبه وكيلا عن الغايب ليسمع الخصومة عليه بعدوله كالوصي من جهة القاضي لان
كلا منهما يقوم مقام الغايب والمستخف لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فلذا اختاره
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكر الحق
هو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فان القاضي لكثرة اشغاله قد يعجز عن الحفظ
بنفسه وبالدابة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة
فيقرضها فان قيل ثم هو كذلك لكن لم يلزم الدين بجحود المستقرض يقول والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه
معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان
وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة الثوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا
كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار فخر الاسلام والصدر
الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك
النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء وتاخيره من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم
ولاية القاضي ومشروعيته بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والصحابة
رضي الله عنهم كانوا يجمعون على جواز التحكيم واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لانهما ولاية
على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما الصدر وحكم عن ولاية عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم للعموم لانه
بمنزلة ما بينهما واعترض بانه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول
ابي يوسف لكنها وقعت فانها جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت
الا برضا الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض و
اذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشهادة جاز لانها من اهل
الشهادة فيها قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن
ليس له ذلك لا يتقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكم المسلمين وان حكم اهل الذمة
جاز لانه من اهل الشهادة بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي يجري بين اهل الذمة
صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كالفاسق

والصبي

والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول الباب القاضي
الفاسق لا ينبغي ان يتقلد القضاء ولو تقلد جاز وكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه متقلد
من جهتهما لا تفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان لكل واحد منهما ولاية على نفسه لا تدل من وجه
ما واتفاقهما على ذلك فلا يخرج الى عدمها بل يعدم بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يصح
الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان فسد اخراج احدهما سعى في نقضه ثم من جهة قلت ما تم الامر وانما التمام
بعد الحكم ولا نقض حينئذ فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى
ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم يوافق مذهبه امضاه لانه اذا انفصل بحكم لا يتدارك
فلا فائدة في نقضه ثم ابرامه على ذلك الوجه وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من
نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضاء الاقل بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم الحاكم للمحكم لا يلزم
الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الا وان خالف مذهبه لعموم ولايته فلا يتقيد نفوذه
محدود في مذهب الكل فلا يجوز لقاض آخر ان يرده قال ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص ولا يجوز
التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد
القذف والقصاص فقد اختلفت قال شمس الائمة من اصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص
جائز وكذا في الذخيرة في صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق
العباد فيجوز التحكيم في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المص
واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل
الحدود وقالوا في ذلك لان حكم الحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا
يستوفى بالشبهات وهذا الذي استدل به على الدليل المصنف قد وقالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا بخصص
القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر الجنايات كالكتابات في جعلها رجعية والطلاق المضاف
وهو الظاهر عن اصحابنا وهو صحيح لكن المشايخ امتنعوا عن التفريع بذلك قال شمس الائمة الحلواني مسئلة
حكم الحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام استاذا باعلى السنن كان
يقول نكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكما في دم
خطاء لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ
حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ للحكم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي
ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رايه ومخالف النص حديث حارثة بن مالك فهو موافق للكتاب
في كتاب المعاقل ان شاء الله تعالى قال الا اذا ثبت استثناء من قوله لا يقضي القاضي الا بالدية
لا ماله الا اذا ثبت العمد باقرار لان العاقلة لا تعقله واما ارش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها
العاقلة ويجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهي خمسة دراهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول
او كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز وان كانت بحيث

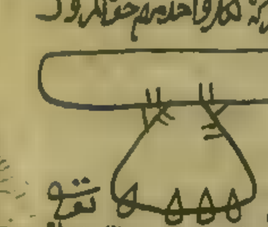
يحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وتثبت الجناية بالبينة وان كانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها اصلا
لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله
ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكما عليها بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا
بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر الحكم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي
لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثلا ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد
الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء
لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان الحكم عليك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كان على حكمه فيما تحت
الاخبار كالقاضي المولى اذا اقام في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي
على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هنا وان اخبر بالحكم مثلا ان
يقول الحاكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا
كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده لان اهلية الشهادة شرط
للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم بخلافهما اذا
حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما
لانه امر يحتاج الى الرأي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى
ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام
كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعلهما باشراه

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى اي متفرقة من تشتت تشتيتا اذا فرق ذكره في آخر كتاب لباب القاضي مسائل منه كما هو دأب
المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل
شتى او منثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء لكن كثيرا ما يجاء بعده
بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم وانه تجديد بالتأخير لا محالة واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب
السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو وليس لصاحب العلو ان يتخذ علوا ولا ان
يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث كنيفا الا برضا صاحب السفل عند ابي حنيفة وقالا جاز لكل واحد منهما ان يصنع
ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة ان ابا حنيفة انما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع
كما هو قولهما فلان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر مضار مجانا عليه لان التصرف حصل
في ملكه فيكون المنع بعد الضرر لصاحبه وقيل ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف
في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا بما رضي الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق وانما تظهر
ثمرة الخلاف اذا استكمل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق بيقين واليقين لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر
لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو لان له ان يبني عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا
وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما يمنع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر

والاطلاق

والاطلاق يعارض وهو الرضى به دون عدم الضرر فما لم يرض اذا استكمل لا يزول المنع لما ذكرنا قوله
على انه لا يرى عن نوع ضرر يا لعلو من ترميم بناء او نقضه فيمنع عن استعماله على المنع لا ادعاء
ذلك قال ـــــ واذا كانت زاوية مستطيلة سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها
او يسارها مثلا على هذه الصورة ليس لاهل الزاوية الاولى ان يفتحوا بابا في الزاوية القصوى لان فتح
الباب للمرور ولا حق لهم في المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم
ليس لاحدهم ان يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا لا يرى انه لو بيعت دار من تلك السكة ليس لاهل السكة
العظمى ان يأخذوا بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة
ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع لجدار وله ان يرفع جميع جدار بالهدم فيرفع بعضه اولى
ولهذا الفتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع
من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد يتمادى الحق في القصوى بتثبيت الباب ويكون
الفعل قوله من هذا الوجه فيمنع وكلام المصنف يشير الى ما يدل على ان الزاوية الاولى غير نافذة وقد صرح
بذلك الامام الترتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة بذلك
الى المشترى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل ارأيتم ان اخذ الله سمعكم وابصاركم وختم على قلوبكم
من اله غير الله يأتيكم به اي بذلك على احد الوجهين وان كانت الزاوية القصوى مسدودة وقد
لزق لها بابا يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها راس السكة والسكة غير نافذة فكل واحد
منهم ان يفتح بابه في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور
في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار من هذه الصورة



قال ـــــ ومن ادعى دارا في يد رجل وانكرها الذي في يده
وادعى يد رجل ادعى عليه آخر ان لهما حقا وانكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح
وهي مسألة الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى
قال فيه كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا يرى انه لو ادعى على انسان شيئا
لا يصح دعواه اجاب بان المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم غير مجهول جائز عندنا لانه
جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما افضى اليها ولكن لا بد ان يقول جهالة
المدعى اما ان تكون مانعة صحة الدعوى او لا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا
لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلا من الفوائد الظهيرية وان كان الاول لما جاز الصلح هنا نحن فيه بجهالة
المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح هنا نحن فيه لان صحة
الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق
فغاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد
باعلام مقدار ما يدعي ولا يكون ذلك مفيدا قال ـــــ ومن ادعى دارا في يد رجل ادعى دارا في يد رجل

انه وهبها له منذ شهر مثلا وسلمها اليه وانه ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسلم وجحد دعواه ذو اليد
فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت فجحد في الهبة فاظهرت الى اظهارها عنده في شرائها
منه واشتريت عليه واقام البينة على الشرى فان شهدت على الشرى قبلا لوقت الذي يدعي فيه الهبة
لا تقبل لظهور التناقض من وجهين احدهما من حيث ان المدعي ادعى الشرا بعد الهبة حيث قال جحد في الهبة
في شرائها والفاء للتعقيب والثاني شهدوا بالشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى والثاني من
حيث الدعوى نفسها ان يثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشرى على وقت الهبة لانه حينئذ يكون
قائلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكا لي بالشرى قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشرى وان
شهدوا بالشرى بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون
به قبلا اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى
الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحد في الهبة في شرائها منه لم يقبل ايضا لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشرى قبلها رجوع منه فقد مضى قضاؤه اذا ادعى الشراء بعد
الهبة قبلت لانه يقر بملك الواهب عندها فلم يكن متناقضا ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى
شراء باطلا لانه شراء ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وترتفع الفسخ في حق
المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما
واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية رجل قال لآخر
اشتريت مني هذه الجارية فاتفقا ان اجمع البايع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه وقبلا ان يشهد بلسانه
على العزم بالقلب ان لا يخاصم معه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد
كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل
فيثبت بتراضيهما جاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كالتجاحد فانه يجعل فسخا لا اقالة فاذا عزم
البايع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قبل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام
الفسخ لجاز للمرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان تتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام
الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل الخلف ذلك الغير بالضرورة و
النكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قبل يجوز العزم قد لا يثبت
به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرده تنزيل المصنف والجواب قال
ويجوز العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع
الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام لان ذلك لا يحتمل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود
الفسخ منهما وبه يندفع ما قال زفر انه لا يحل له وطؤها لان البايع متى باعها من المشتري يبقى على
ملكه ما لم يبعها او توليه ولم يوجد ذلك لان التناقض موجب حلا له قوله ولانه دليل آخر فان
المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضى البايع وفواته يوجب الفسخ

لقوله

لقوله ركن البيع فيستوفي بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر والفرق بين الدليلين ان الانفساخ
كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من
جانب البايع وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البايع باستيداده قال ومن اقر انه
قبض من فلان عشرة دراهم ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة
له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك
دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع موضع قبض اقتضى
والمعنى فيهما واحد والحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها
معيبة بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم يكن من
جنسها لكان التجوز بها استبدالا وهو فيما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار
بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ما له حق قبض لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه
زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع الملازمة وقوله
حملا لحاله على ما له حق قبض مسلم والمزيوف له حق قبض لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يناقض
على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فيدعواه الزيوف
لم يكن متناقضا بل هو مكذب قبض حقه والفاء في قوله فالمكذب باليمين والبرهان كالزيوف كذلك من جنس
الدراهم كما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او بحقه او بالثمن او بالاستيفاء
ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او بهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ولانه في الباقي
كان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء بدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه
الزيوف متناقضا ومن هذا ظهر الفرق بين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البايع وانكره فان
القول قول البايع لا المشتري الذي اقر بقبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود
عليه ثم ادعى لنفسه حقا آخر على البايع وهو مكذب فالقول قوله فكان من قبيل المدعي اعني المقر بقبض
الحق ولا يلزم نقضا على القبيل الاول قال صاحب الكفاية جمع بين هذه المسائل الاربع في
الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد
ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفيما بقي لا يصدق مفصولا ولكن
يصدق موصولا والفرق هو ان قوله قبضت مالي عليه او حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر و
الجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فتح كما لو قال لفلان
علي الف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة
بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل لا حق الجودة وذلك باطل لكن
قال لفلان علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا هنا
قوله وفي المنتقى يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوزه

في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب الهداية وكذا هذا الحكم مطلقا وليس كذلك وتفرع
المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم تسمع
وان كان موصولا سمع والسنة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي السنة
اولى وكان الاعتراض وقعا لذهولا عن التدقيق في كلام المصنف كلامه فيما اذا قال مفصولا بدلالة قوله
ثم ادعى فانه للتراخي ولا تراخي في الزيوف والبهرجة اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا ام لا
لم يتعرض بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيره موصولا لا يقبل مفصولا فلا يقبل موصولا وكذا احد الجانبين
فهم الجانب الآخر في الكلام فيما اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا وموصولا كما تقدم
ويجاب عن ذلك بالتنبيه هنا ان عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل
لا من حيث انه بيان تغيره ان يخرج ذلك عن الاصحاب اعني المشايخ وقد اختار المصنف تابعا غيره الى شيء من
التسمح وقبلها باستثناء الدينار وقد لا يتناقض لان الجهالة وصف بقبح استثناؤه فانه لم يستثن ثم قسم الزيوف
عما تنفقه بيت المال ابي لقوله فانه بنهرجة عما يرده التجار ولعله اردى من الزيوف والستوقة ما يغلب عليه الغش
فيكون معرفته ستوهي اردى من البهرجة حتى خرج من جنس الدراهم وقال ومن قال لآخر له
علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمل فان كان الاول فلا بد ان يستقل
المقر باثباته اولا والا فلا يصير تدبير المقر مستقلا لذلك كان المقر مستقلا باثباته والا يحتاج الى تصديق
خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر له علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال له ما لك بدل عليك الف درهم
قبل عليه شيء لان المقر اقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد تم للمقر له فيرتد
قوله بدل عليك الف درهم غير مقبول لانه دعوى فلا بد له من بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر
ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت هذا العبد فانكر البائع ان يكون باعه فعند ذلك لان اقراره وان
كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ لما لا ينفرد بالعقد يعني المقر له
لا ينفرد باثباته كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انه حق ابقى العقد فيعمل التصديق بخلاف الاشهاد
احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على ترك الخصومة وجب ان لا يفيده
التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية حل وطئها كما تقدم وجوابه ان قوله ثم قال
لا محالة اشارة الى الجواب عن ذلك فان العزم والتعقل كان دليلا الفسخ به يستقل ما قال في
الكافي ذكره في الهداية ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ لما ذكرنا ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من
المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتفريق بين الطلاق صعب وذلك لانه لما تعذر استيفاء
الثمن يستبد وهذا لما اقر المشتري لا محالة بانه لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وان كان الدين
اذا اقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت هذا النسب عند ابي حنيفة
لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر له على ذلك قال
ومن ادعى على آخر مالا اذا ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل

الاستعراف

الاستعراف فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على الابراء قبلت بينته وقال
زفر رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى انه لا تقبل لان القضاء يبطل الوجوب وقد انكر فكان متناقضا في دعواه
وقبول البينة يتضمن دعوى صحته ولنا ان النقيض ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة و
التعنت الا يرى انه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس
لك علي شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق ممكن ليس بتوفيق الحال فاذا اقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى
عليه على القضاء او الابراء فقد زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا لو اتت المسئلة على تقدير البينة عند ما كان
التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال الا يرى انه لو ادعى
على رجل دم عمد فلما ثبت عليه اقام المدعى عليه بينة على الابراء او العفو او الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى
رقبة جارية فانكرت واقام البينة على رقبتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف واداءت اليه قبلت
ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما اشبه كفوله ولا رابتك ولا جرى بيني وبينك محاكمة والمسئلة بحالها
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين ما يتبين اخذوا على القضاء و
اقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة
قد يؤدي بالتعنت على بابه فيأمر بقبض وكيله به بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا
قال وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقد تقبل البينة على الابراء في هذا
الفصل باتفاق الروايات لانه يعتقد بلا معرفة قال ومن ادعى على آخر انه باعه جارية هذه
ومن ادعى على آخر انه باعه جارية هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك فله فاقام المدعي البينة على الشراء
فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البائع فاقام البينة انه
يرد اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكره في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف انما نبه عن المصنف و
اشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكر اصلا ثم
اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا ان
يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي البيع سألته ان يبرئني عن العيب فاتاني وجه الظاهر
ان شرط البراءة تغير العقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فذلك يقتضي وجود اصل العقد لان
الصفة بدون الموصوف غير معقولة وهو قد انكره فكان متناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى
وان كان بالحلال على ما مر قال ذكر في كتب الاستقراء اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب
في آخره ومن قام بهذا الصك الحق هو وفي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق
فله ذلك ان شاء الله تعالى او كتب في كتاب شراء ما ادرك فيه فلان من درك فعلى فلان خلاصه
وتسليمه ان شاء الله بطلما لذكر كان عند الحصر وقال الاستثناء يصرف الى قوله على فلان خلاصه
وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح والشرط المقرون لازم لانه استثناء يصرف الى ما يليه لانه للاستحقاق
والتأكيد وصرفه الى الجميع مبطل فيما فرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف بالحلال لان الاصل في الكلام الابتداء

فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبا بعضه فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب
ان الذكر للاستثناء مطلقا واذا لم يكتب في آخره ان شاء الله والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول
عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف
ولابي حنيفة ان الكلام هنا خرج فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبد حر وامرأته طالق
وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله فانه ينصرف الى الجميع هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة
بينهما من ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة بينه وبين قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا
لا يلتحق ويصير كفاصل السكوت وفي ثبوته كتبه ومن قام بهذا الذكر والشرط اثبات الرضا من المقر
بتذكير من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا
بلا خلاف وكونه توكيلا مجهولا ليس بقادح لانه في الاسقاط فان المقر لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم
معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع
الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو الصحيح ان عن قول ابي حنيفة لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى
الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب ابي حنيفة فان الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت
فوجوده كعدمه

فصل في القضاء بالمواريث

لما تقدم لنا الكلام
فيما يجب تأخير هذا الفصل الى هذا الموضع وقال واذا ماتت النصراني فجاءت امرأته
مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت
آخر وهو على نوعين احدهما ان يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحيوة المفقود والثاني ان يقال
هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا
كما عرف في اصول الفقه فاذا ماتت النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت
قبل موته فالقول للورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب
الاوقات كذلك ولنا ان سبب الحرمة ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكلما هو ثابت في الحال يكون
ثابتا فيما مضى حكما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحون اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد
مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء جاريا في الحال كان القول للآجر وصاحب الطاحون وان كان
منقطعا كان القول للمستأجر قوله وهذا يعني حكم الحال او الحال ظاهر يصلح للدفع استحقاقه المبرز وهو صحيح
وهو اعني زفر يصلح للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه لان قيام سبب استحقاقها بالميراث بالحال بدليل
الاصل والحادث الاضافة الى اقرب الاوقات ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر استصحابا لكان او
غيره لا يصلح للاستحقاق على انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية
فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول للورثة ايضا
لان الحال لا تحكم بثبوته في الماضي حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وهذا القدر
يتم الدليل لقوله اما الورثة فهم دافعون اضافة الى معنى آخر وهو ان في كل مسئلة منها اجتمع نوعا الاستصحاب

اما

اما الاولى فلان نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا
فبالنظر الى ما كانت فيما مضى والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول حتى كان التقاؤهما كان استصحاب الحال
مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قولهم واما الثانية فلان نصرانيتها كانت
ثابتة والاسلام ثابت فبالنظر الى النصرانية يقتضي بقاءها الى ما بعد الموت وبالنظر الى الاسلام يقتضي ان يكون
ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم دا
فعون فيقيمهم الاستدلال به وقوله ويشهد لهم دليل آخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف
الى اقرب الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحديث معتبرا في الدلالة كان ظاهر هذه المسئلة الاولى معارضا
للاستصحاب ويحتاج الى الترجيح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر في الدفع لا الاثبات وزفر يعتبره للاثبات
وتوقف بتقرير احمالي وهو ان ما ذكرتم على ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات لو كان صحيحا لجميع مقدماته
لما قضي بالاجر على المستأجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات الاجر
والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستأجر على الآجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الاجر
واما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا لا موجبا وافهم هذا واستغن عما في النهاية
من التطويل قال ومن مات وله يد رجل اربعة آلاف درهم وابقه رجل مات وله في يد رجل
اربعة آلاف درهم وابقه فاقر المودع لرجل انه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه الى المقر له
لان اقراره ما في يده حق الوارث وملكه خلافه ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما
اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة عملا في ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه
حيث لا يقر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على الغير ولنا ان يقول
لما كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار قيام فيه كما
اليه الدين وغيره فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت
بالقرآن بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال منوع فلا يؤخر اليقين به فاذا استوفى الوديعة حتى
هلكت هل يضمن او لا قيل يضمن وقيل لا يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه
كالمنع من المودع وفي المنع منه يضمن فكذا من وكيله وان سلمنا هذا له ان بسنة هذا قيل لا يملك
ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر
بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير بل اقرار على نفسه لان الديون تقضى بامثالها والودائع
بعد الاقرار الاول لرجل آخر بانه ايضا ابن الميت وآخر الاول قال ليس له ابن غيري فقضى بالمال للاول
في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح اذا كان الاول ابنا
معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذبه احد فصح اقراره وحين اقر للثاني كذبه الاول فلا
يصح واعترض بان تكذيب غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه نصف ما اداه للاول

وأجابوا بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما اقر لغيره من اقر
له القاضي وقد تقدم في اداب القاضي واما اذا كان الدفع بقضاء كما في الاقرار الكاذب شرعا فلا
يلزمه الاقرار قال ـــــ واذا قسم الميراث بين الفرماء اذا احضر رجل ولا يعرف دارا في يد آخر انها
كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد او لا فان كان الاول واقام على ذلك
بينة فهو على ثلثة اوجه احدها انهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عدلهم وفيه
لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لانهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف
نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول متعذر والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا
غيره وفيه يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث اذا شهدوا
انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له
وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فان حضر
وارث غيره قسمت بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمان
كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا
كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين وهو النصف والربع عند محمد واقلهما وهو الربع
والثمن عند ابي يوسف وقال ابو حنيفة يدفع جميعه فاذا كان ممن لا يحجب ما نقصت الدار اليه على ما يأخذه
كفيل بما دفع اليه قال ابو حنيفة لا يأخذ ونسب القائل اليه الى الظلم قال ابو يوسف وقال
له ذلك وان كان الاول يأخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار بحجة قاصرة لهما ان القاضي ناظر
للغيب ولا ناظر يترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي باخذه كما اذا دفع القاضي
العبد الابق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امرأة
الغائب اذا استنفقت في غيبته وله عند انسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض
لها النفقة ويأخذ منها كفيلا ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر
بينين او ظاهرا ان كان له وارث آخر والواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف بالمهاترة بل بما
ظهر عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يزاحم ولو كان
اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى يبيعه فانه يدفع المبيع الى المشتري
والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مستحق آخر قبل وعزهم آخر في حق العبد متوهما فلا يؤخر
حق الحاضر لمجرد الوهم الى زمان التكفيل قوله ولان للكفيل دليلا آخر على عدم جواز اخذ الكفيل والاخر
لما تقدم ان جهالة المكفول لا تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كان لاحد الفرماء
فان قيل اذا اقر به ذو اليد يأخذ منه كفيلا بالاتفاق كما تقدم فذلك كفالة بمجهول اجيب بانه اذا
اقر به لم يبق به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا لا محالة واذا ذكر

عند ابي حنيفة

بيت

بيت المال وهو معلوم فلا تصح الكفالة له وتعقل الزيادة في خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال
الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا للميت لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي
من الميت غير منصورة وعورض بان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك
تأخير لحق ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التأخير جائز واجيب بان
التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا وطلب زيادة ما يدل على نفي شريك
الحاضر فلا استحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه
الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي بالحلة بل خبر يستأنس به على نفي الشريك
والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك لوجهه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف
طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهدوا به من المسائل اما مسألة النفقة فلان الكفيل
بها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مواضع الزوج والمكفول له وهو الزوجة معلوم ايضا
فصحت الكفالة ولهذا الابق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان في رواية لا احب ان يأخذ منه
كفيلا وفي رواية احب ان يأخذ منه كفيلا قال في شرح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى
قول ابي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ وقال العتابي ان دفع العبد بالدار الى المدعي واللقطة باخبار
المدعي علامة فيه يكتفى بالاجماع قال المصنف لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع قوله وقوله اي
قول ابي حنيفة ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكره تمهيدا لما ذكره بعده وهذا اي الحلاف الظلم على
المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة ان المجتهد يخطئ ويصيب ويقرر ان مذهب اصحابنا المتقدمين
براء عن مذهب اهل الاعتزال لان كل مجتهد مصيب واذعاؤهم ان ذلك مذهب ابي حنيفة واصحابنا
وقد قررناه ذلك لو التقرير يجوز من الله مستوفى قال ـــــ واذا كانت الدار في يد رجل دار
في يد رجل اقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضى له بالنصف
وتدفع النصف الآخر الى يد ذي اليد ولا يأخذ من ذي اليد كفيلا وهذا اي تدفع النصف الآخر الى يد من
في يده عند ابي حنيفة واما عدم الاستيثاق بالكفيل فبالاجماع وقالا من في يده الدار كان جاحدا
اخذ منه النصف الآخر وجعله بدا مبين والا تدفع بدا مبين لان الجاحد غاصب والغاصب لا يترك مال الغير في يده و
المتزامين فيجوز ان يترك المال بيده وابي حنيفة ان القضاء وقع للميت مقصودا فتقضى منه ديونه وتنفذ
وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيه المقضي بيده كونه مختارا له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا ينتزع من
يده غير من هو مختار له وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيده من موجبات اختيار الميت ليس بقطعي
واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى كما اذا كان من بيده مقرا فانه انما يتركه الباقي بيده لذلك
قوله وجحوده جواب عما ذكره وجه ان الحيازة بالجحود اما ان تكون باعتبار ما مضى او مكانها في
والاول فقد ارتفع بقضاء القاضي فكذا الثاني والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي
ولمن بيده ذلك وكتب في الخزانة الظاهر ان الجحود المستقبل لغو بعدم الفائدة لا يقال

لعله

موت القاضي والشهود ونسيانهما للحكم واحتراق الخريطة امور محتملة فلا يجوز محتملة لان ذلك نادر
والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسئلة بحالها فقد قيل ينتزع من يد المنصف الآخر بالاتفاق
والفرق بينه وبين العقارات المنقولة يحتاج فيه الى الحفظ وما يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه اما انه
يحتاج في الحفظ فلانه ليس بمحتمل بنفسه لينقل الانتقال من محل الى محل واما ان النزع ابلغ فيه فلان
النزع ابلغ في الحفظ لانه لما وجد من يده ربما يتعرف بخيانته او لزعمه انه ملكه واذا انتزعه الحاكم ووضعه
في يد امين كان موعدا لاظهار الحق لان المال محفوظ بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه ولهذا علل
الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر
لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه وقال المشايخ من قال المنقول
ايضا على الخلاف وقال الحسن في المهر هنا على ما ذكرنا من حاجة الى الحفظ فاذا انتزع من يده كان
معذورا عليه ولو اخذ منه لم يكن معذورا على الذي يضعه القاضي في يده فكان النزع ابلغ في الحفظ ولعل هذا
هو الظاهر قال ايضا انه لما وجد من يده ربما يتعرف لخيانته او لزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى الحكم
من علم القاضي والخائف من الناس وكتابته في الخريطة فذلك ثابت متيقن بثبوت الخلاف في العقار فيسقط
التعرف قوله وانما لا ينفذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة
من يد الباقي قوله لا يسمع نفسه باعطائه والقاضي يطالبه بانشاء الخصومة والقاضي لم ينصب
نفسه لتعلمها فان قيل يجب ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي
يتعلمها بحكمه باعطائه قلت بجملة تركيب الدليل هكذا الطلب الكفيل من انشاء خصومة وهو مشروع لتعلم
الخصومة ورفعها بين فرضناه رافعا لمعنى كان منشاه هذا خلف قوله واذا حضر الغائب اختلف المشايخ
في وجوب اعادة البينة اذا حضر فمنهم من قال بذلك على قياس قول الحسن في القضاء اذا اقام الحاضر البينة على
انه قبض ايا عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف لان الامام فخر الاسلام
وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما يستحق
دينا كان او عينا لان المقر له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه
في ذلك كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للآخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على احدهم دينا
على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة يثبت
في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه
سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء نفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا
عن غيره ولذا ظهر ان يقال فليكن عاملا لنفسه ونصيبه ونائبا عن غيره فيما زاد ولا يحضر فيه وجوابه ان
السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله وصار كما اذا اقامت
البينة بدين الميت ان بدين للميت او عليه كما ذكرنا وبيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما
وقوله الا انه استثناء من قوله واحد من الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة

دينا

دينا على الميت يكفي خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما في دين
لانه لا يكفي خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده قال ومن قال مالي في المساكين صدقة
رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكوة
كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس مال الزكوة والقليل منه ولهذا قالوا
اذا انذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند
تملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم يجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها
الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء
والقياس في الاقل ايضا ان يقع على كل شيء كما قال زفر رحمه الله لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه الاستحسان
ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله اذ ليس للعبد ولاية الايجاب مبتدأ بدليل ينزع الى الزكوة وايجاب
الشرع في المال من الصدقات مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولان الاعتكاف حيث يوجب
في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لا ذلك في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات
او لانه في معنى الصلوة لانه لانتظار اوقات الصلوة ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلوة كانه
في الصلوة انما الوصية فمن اجنب البر لانها خلافة كالوراثة حيث انها يثبتان للملك بعد الموت ولا
يختص البر بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية قوله ولان الظاهر دليل آخر يعني ان الظاهر
من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة لان الجيوش منلئة الحاجة الى ما
تقوم به حوائجه الاصلية فينصرف النذر بمال الزكوة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال
فينصرف الى الكل والارض العشرية تدخل في النذر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة
عنده راجحة في العشر فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب فيها الصدقة
ولا تدخل عند محمد واكثر الامام الترتاشي قال الحسن مع محمد لانه اراد الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر
سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة واما الارض الخراجية فلا تدخل
بالاجماع لانه تتمحض مؤنة لان مصرفه للمقاتلة وقيام الاغنياء وقوله ما املك صدقة في المساكين
فقد قيل بنا على كل مال زكوتا او غيره وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة ذكره في الامالي لان ما املك
اعم من مال لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال
لا يطلق على ما ليس بمال واذا كان اعم ينصرف الى غير اموال الزكوة ايضا المهر الزيادة عمومه فان قيل
الصدقة في الاموال مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية
اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا تخصيص في لفظ الملك فيبقى على العموم
وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انه اي لفظ مالي وما املك
سواء فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي لان الملتزم
بالنذر الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله

ان يجاب العبد بمعنى بايجاب الله تعالى ليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والعبد ايجاب الشرع وهو
ملغى المال ولعله اشار لاقوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع
اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخلت الايجاب بمنسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة
اذ لولم يمنسك لاحتاج الى ان يسال الناس من يومه وقبح ان يتصدق بماله ويسال الناس من يومه
ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك ولم يبين محمد في المبسوط مقدار ما يمنسك لاختلاف احوال الناس
فيه بكثرة العيال وقلته وقيل للحرث قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يومًا فيوما وصاحب
الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها الانسان لشهر لان يده تصل الى ما ينفق
شهرًا فشهرًا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب
التجارة يمنسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر فيما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث
نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي المبرات قال ومن اوصى اليه ولم
يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في المواريث ما ذكرنا آنفا ومن اوصى اليه ولم يعلم بالو
صاية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي وبيعه جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه
وعن ابي يوسف انه اعتبر الاقرار بالوصاية لان وصف الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد
الموت والوكالة انابة قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق
بينهما على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة
والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث
فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف على العلم لانها لو
توقفت عليه لم تثبت النظر لقدرة الموكل في الاصل لو توقف فان بيع الموصي فان قيل
اذا قال لرجل امر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه
اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت
قصدًا وهذا لما اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان في روايتين واحدهما صح تصرفه وان لم
يعلم بالاذن لثبوته ضمنا فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام من اعلم
من الناس بذلك سواء كان بالغا مستقلا عدلا او على اضداد ذلك بعدما كان مميزا جاز تصرفه لانه
اثبات حق لا الزام اقرار الخلاق محض لا يشتمل على شيء من الالزام وما كان كذلك قبل الواحد
به كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة
وقالا هو والاول سواء لانه من جنس المعاملات وفيها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن
العبد في التجارة ولابي حنيفة انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام
واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة من وجه لانه
بالنظر الى كونه خبرا للخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر الى ما فيه من نوع الزام

لان

لان في معناها فيثبت باحد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة عملا بالرجحان بخلاف الاقرار فانه
لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها اصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك وعلى ان رسول الموكل فانه
لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك لان عبارته كعبارة المرسل لحاجة الى الارسال اذ بقاء الانفق كل احد
في كل وقت بالنوع عدل يرسله الى وكيله قوله وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة وصاحبيه
في اشتراط احد شطري الشهادة في الزام المسائل المذكورة قال في النهاية انما ست مسائل ثلث
زائدة ذكرها محمد في المبسوط والاثنان ذكرهما في النوادر والسادسة قاسها المشايخ عليها والمص
ترك منها مسئلة اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون
اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدق العبد او كذب وان كان فاسقا
وكذبه يثبت عندهما خلافا لهما له وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة
لم يذكرها المص هنا والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فقر فيه
بعد بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف
عنده لا يكون اختيارا منه خلافا لهما واولى النوادر المسلم الذمي لهما جرا اذا اخبره اثنان او عدل
بما عليه من الفرائض لزمته وبتكذيبه يجب القضاء وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف وشمس
الائمة السرخسي جعل رسول رسولا صلى الله عليه وسلم فالزمه وثانيتها المستبضع اذا اخبره اثنان او عدل
بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف والسادسة اذا بلغ تزويج الولي
فسكت فان اخبرها اثنان او عدل كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف له
قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل
اصحاب الديون وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه
لان اجير القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول
هذه الامانة فتضيع الحقوق ورجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم ومن
وقوله البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا محجورا او عبدا
محجورا عليه وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء وان امر
القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي
لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت فظاهر وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه
نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في
حيوته ففي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه
عامل لهم وان لم يكن للميت مال لا يرجع الغريم في بدينه اي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم
للوصي في ذلك المال فيه اختلاف قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر
الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما غرم من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث

اذا بيع لان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن له الزكوة دين لان العاقد عاملا له

فصل آخر

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قضاء القاضي بانفراده قبل العزل وبعده معتبر الا فا ـــــ واذا قال القاضي قد قضيت • اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشايخ في هذه الرواية لفساد حال القضاة زماننا وعن بشر ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوها لحاجة الناس وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لان المقضي يتمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من الانشاء عما اخبر به لم يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه متمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول يجر الى عين ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي اولى الامر وطاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة فيجب تصديقه وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد من غير استفسار وقالوا انه اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا يبنى الاقسام العقلية كما قال الامام ابو منصور فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطاء والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى استفسار بالاتفاق وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطاء فان اخبر تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وانه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن سبب جعله غير الدليل دليلا او الشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والجهل والخيانة والفسق وا ـــــ واذا عزل القاضي فقال لرجل • لما فرغ عن بيان ما يجوز للقاضي من قضائه في زمان ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله فاذا اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى كان مستندا الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه فيما قال فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه كان من الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلا خلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل اخذت منك الف درهم فقتلها الى فلان فقضيت بها عليك وقال الآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال لما خاصمه المال والمقطوع يده فعلت ذلك لا حلا فقايك ظلما فالقول قول القاضي لانهما لو تقاضيا فقاله فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا مع القرائن شهدت الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء في هذه الصورة ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعل في حال القضاء وقد امره القاضي بالشيء صحيح كما اذا كان دفعه المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ شيئا فكذلك ههنا وكذلك اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضي في الصحيح لان القاضي المسند فعله الى حالة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار كما اذا اسند القاضي فعله الى حالة منافية للضمان كما اذا قال طلقت او اعتقت وان مجنون اذا كان ذلك معلوما بين الناس فالقول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافة الى حالة منافية للايقاع وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت لا القاضي بحكم الحال وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدفع ما يسقط الضمان عنه واما في الاولى فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن لرعاية نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والآخذ في هذه الفصل بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي معتبر لدفع الضمان عن نفسه لا لابطال سبب الضمان على غيره على ما مر الا انه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لا بقول الآخذ والقاطع في الصورة الثانية لسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرا والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الآخذ واقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه الماخوذ منه للمال او انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله وغير قضائه لان الآخذ اقر ان اليد ثابتة للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المقر وليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

كتاب الشهادات

اراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهرا لمناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة انها مأثورة بها قال الله تعالى وقوا قوامين لله شهداء فلا بد من حسنه وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة والاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات وسبب تحملها معاينة ما يتحملها ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع والمشاهدة والابصار والبصر ونحو ذلك وسبب ادائها اما طلب المدعي حتى الشهادة او حق وقوف حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا وشرطها العقل الكامل والقدرة والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعي عليه مسلما وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها

والناس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجيح جانب الصدق ووردت النصوص با
الاستشهاد وجعلت موجبة قال — الشهادة فرض يلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزم الشهود
بحيث لا يسعهم كتمانه اكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تاكيده وشرط
عطالة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر وكتمان يقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي ليتحملوا
الشهادة او ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما يؤل اليه وهو ظاهر يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة
وبقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهو ظاهر يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة
والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر ليلا يقع النقيضان فاذا كان
الكتمان منهيا عنه كان اللاكتمان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب
لا يثبت فكان اظهارا لاداء واجبا قال — والنهاية النهي عن الشيء لا يكون امرا بضده اذا لم يكن ضده واحدا
واما اذا كان ضده واحدا كالنهي عن الكتمان فانه امر بضده وليس بصحيح من المذهب لما عرف في
اصول الفقه وان قبله طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ونقيضها اذا علم الشاهد
الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه يجب عليه الشهادة ولا طلب
واحتج — انه الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو في ما
ذكرتم موجود فكان في معناه قال — قدم انقل ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة
وهو خلاف ما ذكره المصنف وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب
بل المعنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب وجعله شرطا فيه
مخالفة حينئذ فان قلت اما جعل شرطا وقوله تعالى ولا يأب الشهداء ولا تكتموا الشهادة سببا قلت فيه لانه
خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك الشمس قال — والشهادة في الحدود
يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار، الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يظهر والستر
افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته
بثوبك وفي رواية برداءك لكان خيرا لك وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا
والآخرة وما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم فان فيها دلالة ظاهرة على افضلية
الستر قبل الاخبار معارضة لا لخلاف الكتاب وانما لا تنسخ لا لخلافه وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان
الآية محمولة على المداينة لنزولها فيها وفيه بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والجواب بان القدر
المشترك فيما نقل عن النبي عليه السلام واصحابه في الستر والدرء متواتر المعنى فجاز الزيادة به وقبلنا الخبر
الاول ورد ماعز وحكايته مشهورة تجوز الزيادة به وقد نظر الى شهرة حكاية ماعز لا يستلزم شهرة
الخبر الوارد فيه بالستر واما الثاني فلان الستر والكتمان انما يحرم لخوف فوات حق المحتاج الى الاموال
والله تعالى غني عن العالمين وليس ثمة خوف فوات الحق ففي صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل

ذلك

لحق صح

ذلك قوله الا انه يجب ان يشهد استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست بداخلة
في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لحق صاحبها اجاء السر فيه فيعطيها خذ ولا يعطيه سرق مما فيه على الستر
ولانه بين امرين لا يجتمعان القطع والضمان واحد ما حق الله والآخر حق العبد والستر اكثر ابطالا لهما
وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز والاقدام على اظهار السرقة ترجيح حق الله تعالى على حق العبد المحتاج وهو
لا يجوز فتعين الشهادة على المال دون السرقة قال — الشهادة على مراتب
دينها الشرع على ما علم فيها من الحكمة فمنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأ
تين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة
نص في العدد والذكورة واما الاسلام والعقل والعدالة فقد تقدم اعتبارها واما اشتراط الاربعة فيه
دون القتل العمد وغيره فالظاهر ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة ولا تقبل
شهادة النساء بحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده
ابي بكر وعمر رضي الله عنهما من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وتخصيصهما بالذكر
لما ورد في حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدي ابي بكر وعمر ولان شهادة
شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
على سياق قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام وانما قال — شبهة البدلية لان حقيقتها ان يكون فيما امتنع
العمل بالبدل مع امكان الاصل فالآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة
الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة بعقوبة الحدود كحد الزنا
والسرقة وحد القذف والقصاص فتقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم
فانه يعمه بتناول المطلق وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلافا
لابي حنيفة بناء على ما بنى الباقي على تناوله قوله ولا تقبل فيها شهادة النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال
ان باب الزنا خص عن قانون ما بنى الباقي على تناوله قوله ولا تقبل فيها شهادة النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال
قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليست شهادتهن فيها مقبولة ووجهه ان القرآن
في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ولئن اوجب تقديم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في
شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الآية هنا التخصيص ام نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة
النساء من هذه وهو اما التخصيص ثبت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده يدل على تلقيه الصدر الاول بالقبول فكان مشهورا يجوز الزيادة به قال — وما سوى
المنصوص من بقية الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية والوصاية لانه تعالى
المال وفي ذلك يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين عندنا وقال الشافعي لا تقبل
شهادة النساء مع الرجال في الاموال وتوابعها كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار والمداينات
الاصل في شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة و
لهذا اي ولان الاصل عدم القبول لا يقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها استثناء

ذلك من الحقوق وما سوى

من ذلك الاصل في الاموال المضرورة احياء حقوق العباد لكثرة وقوعها وتوقعها فلا يلحق بها ما
هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والحرج
والتعديل والعفو عن القصاص والثاني ان الاصل في القبول لوجوب ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشا
هدة التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى له العلم الى وقت الاداء والاداء الذي يحصل به العلم للقاضي و
لهذا اي لكون القبول اصلا فيها قبلت اخبار رواة الاخبار ولكن الثاني يقتضي ما ذكرتم مما يبتنى عليه اهلية
الشهادة اما ان تكون علة لها او شرطا لا سبيل الى الاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة
والضبط والاداء ليست علة لذلك لا جمعا ولا افرادا والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم
من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية
والاسلام والبلوغ واما المشاهدة والضبط والاداء فليست جعلة لها وانما هي علة لاهلية قبولها فانا لو
فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا وقاته احد الامور المذكورة المشاهدة
او الضبط او الاداء اذا ادى بغير لفظ الشهادة ولم تقبل شهادته واذا كانت علة استلزم وجودها
وجود ما هو علة لها وهو القبول وعلى هذا يتقرر في كلام المص مضافا الى اهلية قبول الشهادة قوله وتقصان
الضبط جوابا عن قول الشافعي واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك يعد التسليم انجبر بقبول
الاخرى اليها ثم بين بعد ذلك الاشبهة البدلية فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها ولكن
الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت بها اما النكاح والطلاق فظاهر لتعلقهما بالعزل واما الولاء
والايصاء والاموال فانما يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فلذلك امارة ثبوتها مع
الشبهة وكذلك تثبت شهادة النساء مع الرجال ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور
الولاية والجواب عن الاول انه لا نقصان في عقلهن وهو مناط التكليف وبيان ذلك ان للنفس
الانسانية اربع مراتب الاولى استعداد العقل وتسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان
في مبدأ فطرتهم والثانية ان تحصل له البديهيات باستعمال الحواس والجزئيات فيتهيأ لاكتساب
النظريات بالكثرة وتسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها
متى شاء من غير افتقار الى اكتساب وتسمى العقل بالفعل والرابعة ان يستحضرها ويلتفت اليها
مشاهدة وتسمى العقل المستفاد وليس هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فهن نقصان
في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك وقوله لصلوحهن ناقصات
عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب
عن الثاني ايضا فتامل قوله وعدم قبول الاربع جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان الكلام
يقتضي قبول ذلك ايضا لكنه ترك ذلك كيلا يكثر فروعه قال وتقبل في الولادة والبكارة
اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال

لا تقبل

لا تقبل غيرها فهو انفراد فخر الموصوف على الصفة لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد
فيما لعله صلوح شهادة النساء جائز فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل
الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف الى الجنس فيثبت لها الواحدة فيما فرغنا على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في الاربع
الاربع بناء على ان كلام اثنين فتقوم مقام رجل واحد في الشهادة لت قوله ولانه دليل معقول لنا وجهه
ان الذكورة ستلت بالاتفاق لتخف النظر لان نظر الجماعة في استنباط العدد تخفيف النظر فيصار
اليه الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالتزام والاعتبارات وهذا التعليل يوجب مناقضة لانه
لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلث احوط من نظر الواحدة
والجواب ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالتزام يقتضي وجوبه
فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا ثم حكمها اي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة
سترضاه في الطلاق يعني باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة اشهر
فصاعدا فجحد الزوج الولادة ثبتت بشهادة امرأة واحدة وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة
على الولادة لم تطلق عندهما وقال لا تطلق وان كان الزوج قد اقر بالحبل لملتقى غير شهادة عند
ابي حنيفة يعني تثبت الولادة بقول امرأة وعندهما يشترط شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها سواء
كانت مرغوبة او جيفة لا يتاح نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرت اليها وشهدت فاما
ان تتابع شهادتها بتقييد الاتيان كان الاطلاق شهادتها بحجة وان كان الثاني لا بد ان تنضم اليها
ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدت باثباتها كما كانت مهرة بكر جاز العقد سنة ويفرق بعد لان
شهادتها تابدت بالاصل وهو البكارة وان كانت مبيعة يشترط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ويقتضي
البيع وهو اللزوم وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينقض كذلك الى فعلهن لكن الفسخ قوي وشهادتهن حجة
ضعيفة لم تتابع بتؤيد فيحلف بعد النقض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهو يكذبه وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر
فان حلف لزم المشتري ان كذبه عليه فان قبلت شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب ان ترد
بعد لهن والتحليف تدل العمل بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن بعينه حق سماع الدعوى فان
المشتري اذا ادعى في المبيع لا بد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف والا لكان القول للبائع
لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب في الحال وعلى الحديث ثم يحلف البائع على انه لم يكن بها ذلك
العيب في الوقت الذي كانت في يده واما شهادتهن على الاستهلال بالصبي ففي حق الارث عند ابي حنيفة
غير مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه
حجة كشهادتهن في حق الطلاق مقبولة لانه من امور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان وعند
في حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
ما الجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا تعتبر شهادتهن ونفس الولادة
هو انفصال الولد عن الام فلذلك لا يشارك الرجال فيه النساء فان ولا بد في ذلك كلا من

يسام

العدالة لا بد في المار وغيره مع ما ذكرنا من شرائط الشهادة العدالة وهي كثرة حسنات الرجل أكثر من سيئاته وهذا
هنا على الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر ولفظة الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم أو
أتيقن لم يقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت أما اشتراط العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والكافر
لا يكون مرضيا ولقوله تعالى واستشهدوا ذوي عدل منكم ولأن الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق
فهي علة الحجية وما سواها مفسدة لأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه أيضا فلا يؤمن
أن الفاسق إذا أقدم وجبها إذا قدر وشرفه الناس ذا مروة إنسانية والمروة وتشديد الواو فيها لغتان
تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والأول بعيد عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا و
جبها إذا مرة فإن الأول أولى لأن قبولها إكرام للفاسق وعن أمرنا بخلاف ذلك قال الله تعالى إذا لقيت الفاسق
فالقه بوجه مكفهر والعلة بالفسق لا مروة له لكن القاضي لو قبل شهادة الفاسق صح عندنا وأما لفظة الشهادة
فللزم النصوص فلحقت بالمنزلة إذا لا مرية بهذه اللفظة قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله واستشهدوا إذا تبايعتم
واستشهدوا شهيدين قال صلى الله عليه وسلم إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ولأن في لفظة الشهادة
زيادة توكيد لدلالتها على المشاهدة ولأن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ
أشد وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فإنه للتعظيم فيجوز تبديله بما هو أعم فيه وقوله في ذلك
يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة
النساء في الولادة وغيرها والعيب لأنه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط
فيه الحرية والإسلام وقوله والعيب احتراز عن قول العراقيين فإنهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة فإذا
أقام المدعي الشهود فلا يخلو إما أن يطعن الخصم أو لا فإن كان الثاني لا يوجه بينه القاضي على ظاهر العدالة
في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف
وروي مثله عن عمر رضي الله عنه ولأن الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية في قيد الظاهر
يكفي للدفع لا للاستحقاق وفيها يثبت المدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة فالجواب ما أشار إليه
بقوله إذا لا فصول إلى القطع وبيانه أنه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج إلى التزكية وبقوله المذكي في التعديل أيضا
عمل بالظاهر لأن الظاهر أن قول المذكي صدق والكلام فيه كالأول فلم يجز ويدور أو يتسلسل ويجوز أن يقال
الظاهر هنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك أن دعوى المدعي وإنكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود و
براءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا وقوله إلا في الحدود والقصاص مستثنى
من قوله والإسئال حتى يطعن الخصم إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها فيشترط
الاستقصاء فيها ولأن الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها حتى يطلع على ما يسقطه ذلك وإن كان الأقل
سألهم سأل عنهم بالاتفاق لأن ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم إذ المعين فيهم فإن الظاهر
أن المسلم لا يكذب بالطعن على مسلم لإجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ إلى التزكية وقال أبو يوسف ومحمد لا بد
أن يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق لأن مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد من

التعرف

التعرف عن العدالة وفي السر والعلانية صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا وقيد
هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لأن أبا حنيفة أجاب في زمانه فكان الغالب منهم عدولا وهما أجابا في
زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على
قولهما في هذا الزمان قال ثم التزكية والسر اعلم أن التزكية على نوعين تزكية السر وتزكية في
العلانية فالأولى أن يبعث الحاكم المستور وهو المعروف إلى المعدل مكتوبا فيها النسب والحلية بكسر الحاء وهما جمع
حلية الإنسان وصفته وما يرى منه من لون وغيره والمحلة أي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي أن يبعث
إلى كل من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل من غيره ولا يكتفي
بواحد ولا اثنين ثم يتفقهم خداعا بالمار فيها يعرف أسباب الجرح والتعديل من جيرانه وأهل سوقه فمن عرفه
بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إلى المعدل جاءت الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا
عن الهتك أو يقول الله يعلم إلا إذا عدل غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك فيمضي القاضي شهادته فحينئذ يصرح
بذلك ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويرسلها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكتب
كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع أو يقصد الخداع والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل
هذا الذي عدلته فيشير إلى الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره فإن الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة
وفسر التزكية بالعلانية وجدناه في عهد الصحابة رضي الله عنهم لأن القوم كانوا صلحاء والمعدل ربما كان يتوقى
عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالأذى ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لأن العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم
الجارح بالأذى يروى عن محمد أنه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل أن يقول هو عدل جائز
الشهادة لأن العبد قد يعدله وقيل يكتفي بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار قال المصنف وهذا أصح لأن في زماننا
كل من نشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن إسلامه وحريته ولما يثبت
عن عدالته قال الحسن يؤخذ على طريقة قوله في المنازعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال إذا سأل لم يقبل
قول المدعى عليه هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا أو يقبل إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لأنه اعترف بالحق
وعن أبي يوسف ومحمد أنه يجوز تزكية الكتب عند محمد بغير تزكية أخرى إلى تزكية لأن العدد شرط عنده هذا إذا كان
عدلا يصلح مزكيا فإن كان فاسقا أو مستورا أو سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فالشهود عليه قال هم عدول
لا يصح هذا التعديل لأن العدالة شرط المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية أن زعم المدعي وشهود أن
الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق والقائلان يقولان
تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مبينا لأن العدالة ليست بشرط للإقرار بالاتفاق والجواب
أن المصنف قال موضوع المسئلة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا ومثله ليس بإقرار بالحق وفيه
نظر لأن هذا الكلام مشتمل على الإقرار وغيره فيصدق في الإقرار على نفسه ويرد الغير للتهمة والجواب أنه
لا إقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه يشير في ذلك إلى الخطأ والنسيان فإنه يكون إقرارا قال
وإذا كان رسول القاضي وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني للمفعول فاحد إجاز

الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها مع شاهد أمينه إلى المزكي سميت بها لأنها تستر من الظهور

أكفهر إذا عبس وفيه مكفهر اللون إذا ضرب لونه إلى الغبرة مع الغلظ صحاح

والاثنان افضل عند الحسن والحسين وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان ذكره في شروح الجامع الصغير ان
المراد بالرسول هنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان التعديل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى
المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء يبتني
على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القضاء يبتني على ظهور التزكية واذا كان في معناها يشترط
فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العدالة ويشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود
الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط في تعديله الشهادة ويجلس القاضي فلا يشترط فيه
ما يشترط فيها سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان
القياس لا يقتضي ذلك ليقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو
بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص
الدالة على العدد فلا يتعداها الى التزكية فان قيل فلم يجز بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها والجواب
انا الحق لو كان في معناها من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا قال ولا يشترط
اهلية الشهادة تزكية الرقيق لا يشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فصح العبد مزكيا للمولى وغيره والولد للوالد
وعكسه فاما تزكية العلانية فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد
في تزكية العلانية بناء على عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية
والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا
في احدهما دون الآخر واليه اشار بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف ان
يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر انما عقدنا في الذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية

فصل

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمل الشاهد وهو على
نوعين احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاستدلال مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم
فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم الحاكم او رأى ما كان من المبصرات كالغصب
والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة على وجه يجب العمل به
حال الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فبعد جعل العلم بالموجب ركنا في الاداء مخالف للمنصبين جميعا
فانهما بدلان عن شرطية لا على ركنيته اذ الاحوال شروط واذا موضوعه للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط
وانما عبر عنه بذلك اشارة الى شدة احتياجه الاداء اليه قال ويقطع اشهد بانه باع اذا سمع
المبايعة ولم يشهد عليها واجيب لا الشهادة بعقد الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهد انه باع اشهد لانه كذب
ولو سمع الاقرار من وراء حجاب يجب عن رؤية شخص المقر لا يجوز ان يشهد ولو فسر القاضي بان قال اشهد بما
سماع من وراء الحجاب لا يقبل لان الشهادة هو الكلام الخفي بتشبيه الغيب والمشبه لا يفيد العلم فانتفى المسلك
للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد

سواه

سواه ثم جلس على الباب وليس فيه مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عندهم انه باعها
فلانة بنت فلان فانه جاز ان يشهد حينئذ وكذا اذا رأى شخصا المقر الا اقراره لرقة الحجاب وليست
رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة قال ومنه ما لا يثبت الحكم فيه
بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم
ما لم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده على شهادته لان
الشهادة اي شهادة الاصل موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالاناية والتحميل والاقرار
اشارة الى مذهب محمد فانه يقول بطريق التأكيد ولا تأكيد الا بالامر المؤكد واما اشارة الى مذهب ابي حنيفة و
ابي يوسف فانهما لم يجعلاه طريق التأكيد بل طريق التحمل قال الامام فخر الاسلام انما على قول ابي حنيفة
وابي يوسف فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يقع بعبارات ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي
ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فيثبت ان الفرع مصدر جاء موجبة فلما لم يكن بدون التقديم بد من
الحكم وفيه مطالبة لان سلمنا ان النقل لا بد منه لكن يتوقف على التحمل محتاج الى بيان فلم سلكنا انه ان تقول الشهادة
على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد ثم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد
الشاهد على شهادته لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله وانما حمله غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى
الشاهد اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط ويشترط
الحفظ ولهذا قلت رواية الاشتراط في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما يحل له
ذلك رخصة وقيل هذا اذا عدم حل الشهادة بالاتفاق واما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود
شهدوا عنده فاثبته في ديوانه ثم ضاع اي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم او فتشه
او وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان ابا حنيفة لا يرى جواز الحكم بذلك وما جوزاه لان القاضي
كثيرا ما يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جاز له الاعتماد عليه عند
النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه واذا كان في ديوانه عن خطه فالظاهر انه لم يعد اليه بدعة والقاضي
مأمور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا كتب المجلس الذي
كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم ان شهدنا عنده وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل
عند ابي حنيفة خلافا لهما قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم ان العلم
شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول والولادة
القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهو استحسان والقياس ان لا يجوز
لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك
بالعلم اي بالمشاهدة وهي من باب القلب لان العلم يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة
وهي من باب القلب لان العلم قد يكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل فصار كالبيع فانه لا يجوز
للشاهد ان يشهد به بالسماع بل لا بد من المشاهدة ووجه الاستحسان ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل

والمشبه لا يفيد العلم كما تقدم فيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط ذكر

وفي الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور تختص بمعاينة اسبابها خواص الناس
لا يطلع عليها الا هم وقد تتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرن كالارث في النسب والموت والنكاح
وثبوت الملك في قضاء القاضي وكالمهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم تقبل
فيها الشهادة بالتسامع ادى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه مما يسمعه كل احد فت فبقي هذا الاستحسان
مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب والعلم فيما نحن فيه اجاب بقوله وانما يجوز للشاهد
يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد بالاستفاضة وذلك بالتواتر او باخبار
من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد فيمن يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل
وامرأتان لحصول له نوع وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وتابعه قول الحسن بن زياد فلا يجوز
الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر واثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين
يشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها الفتوى
الخبر وقيل يكفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعا بين الموت والاشياء الثلثة اي
النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا
ينعقد الا بشهادة النسوة والولادة فانها تكون بين الجماعة في الغالب وكذلك تقليد الامام القضاء
واما الموت فانه قلما يشاهده غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض
الحرج بخلاف النسب والنكاح تدل وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بيان الكيفية الاداء وينبغي
ان يطلق ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلان بن فلان كما يشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن
ابي قحافة والخطاب ولم يشاهد شيئا من ذلك فاما اذا قال القاضي انه يشهد بالتسامع لم يقبل كما ان
معاينة اليد والاملاك تطلق الشهادة واذا قال بانه انما يشهد لانه راه في يده لا تقبل كذلك هذا
ولو راى انسانا جلس مجلس القضاء ودخل عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد
الامام اياه واذا راى رجلا وامرأة يسكنان بيتا ويبسط كل منهما الى الاخر انبساط الازواج جاز
له ان يشهد بانها امراته فان سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له ان يشهد
بالتسامع كما شهد بامهات المؤمنين ازواج النبي عم فعلى الرواية الاولى وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعاين
العقد ينبغي للقاضي انه يشهد به بالتسامع ولو قال اشهد لاني سمعت لا تقبل كذا هذا ومن شهد
انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو قيل للقاضي قبل لانه لا يدفن الا الميت
ولا يصلى الا عليه ولو قال اشهد ان فلانا مات اخبرنا بذلك من يثق به جازت شهادته هو الاصح
واما الشهادة على الدخول بالشهادة والتسامع فقد ذكر الخصاف انه يجوز لانه امر تتعلق به احكام
مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل قوله ثم قصد الاستثناء في الكتاب بيان ان الشهادة
بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكره الكتاب او لا ففي ظاهر الرواية محصورة وعن ابي يوسف اخرا انه
يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب فاعلم الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة على النسب بالتسامع

جايز

جايز لما مر فكذا على الولاء الا ترى انا نشهد ان فلانا مولى علي وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهم وان لم
نعرف ذلك وعن محمد انها تقبل في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار والجواب عنه قال المصنف ان الولاء
ينبني على ان الة ملك اليمين ولا تدفع المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولاية فلا حاجة
فيه الى ان منه التسامع ثم البينة قال شمس الائمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالاجماع
واما الوقف فذهب بعض المشايخ الى انها لا تجوز فيه بالتسامع مطلقا ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم
تقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر ولا يتمكن بيان الجهة
بان يشهد والله وقف على هذا المسجد او المقبرة او الثغرة او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل
كذا في الذخيرة قال ومن كان في يده شيء رجل راى عينا في يد اخر تصرف فيها تصرف الملاك
يدعي الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد فيها يستدل به على الملك اذ هو مرجع الدلالة في الاسباب
كلها حتى لا انسان وان عاين البيع او غيره من الاسباب لا يعلم ملك المشتري الا بملك البايع وملك البايع
لا يعلم الا باليد وافعالها يستدل به كما في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالاجماع فانها
اذا لم يجز بحكم اليد انسد بابها وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه لان الاصل في الشهادة
العلم بالنص وعند اعوز ذلك يصار الى ما يشهد به القلب قالوا ويحتمل ان يكون هذا ارشاد كتبهم من
شهادة القلب تفسير الاطلاق مجاز في الرواية وهو قوله وسعك ان تشهد ان له يعني اذا وقع ذلك في القلب
قيل لو كان ذلك كافيا في الشهادة لعلها القاضي اذا قبلها الشاهد على الشهادة على العلم به من معاينة اليد
وليس كذلك واجيب بانا جعلنا العيان مجوزا للشاهدين يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا
واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يستلزم ولهذا قلنا ان الرجلا اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك
بيعت دار بجنبها واراد ذو اليد ان يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان تكون
الدار ملك الشفيع لان العيان ليس بسبب للوجوب وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا
وهو الخصاف لان اليد منتهية الى انابة وملك فلا يفيد العلم فلا بد من ضم التصرف اليها والجواب
ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل يزيد الاحتمال فينتفي العلم ثم هذه المسئلة على وجوه اربعة بالقسمة العقلية
لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس فان كان
الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه وراه في يده ووقع في
قلبه ان له حق ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة
في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازفة في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك
بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل له
الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له تمنع جواز الشهادة وكذا جهالة المشهود به
وفي الاستحسان يجوز لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم
لمعلوم الا ترى ان صاحب الملك ان كان بنت امراة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدته

تها وتفرقها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مطلقا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بان يستلزم الشهادة با
لتسامع في الاموال وهي بالملك واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المالك ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع
انما هو بالنسبة الى النسب فقط او هو مطلقا كما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن وان كان الرابع
فهو كالثاني لجهالة المشهود به لكونه ولد العبد والامة يرد الى قوله سوى العبد والامة وتقريره ان الرجل
اذا راى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما او لا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من
هما في يده لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما
او كبيرين فان كان الاول فكذلك لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني هو ممن يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ
كان او بالغا فذلك معرف الاستثناء بقوله سوى العبد والامة فان اليد لا تدل على الملك لانهما
في ايدي انفسهما فلا يدفع يد الغير عنهما كما حتى ان الصبي الذي يعقل ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز و
يصنع به المقر له ما يصنع بمملوكه واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان بتعبيرهما عن انفسهما لم
يعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر ولا يدعي رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى
في الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق وعن ابي حنيفة انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالا
لشباب وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل الا يرى ان من ادعى عبدا
او امة في يد غيره فهو اليد يدعي لنفسه فالقول الذي له اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب
والفرق ما بيناه من انهما يدان على انفسهما يدعيان وباليد الغير عنهما بخلاف الثياب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

من بيان ما يشترط فيه الشهادة وما لا يشترط شرع في بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع اقدم ذلك
على ذلك هذا لان محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط واهلية الشهادة ومعناه
التهمة قال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانها خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته ترجح جانب الصدق فيه
وبالتهمة لا يترجح ومن قد يكون متهما في الشهادة لكونه فاسقا فان من لا ينزجر عن الكذب من مخصصات
دينه فقد لا ينزجر عنه ايضا فلا تؤمن بالكذب وقد يكون متهما في المشهود له من قرابة يتهم بايثار المشهود
له على المشهود عليه كالولاد وقد يكون متهما في اداة التهمة كالعمى المفضي الى تهمة الغلط فيها وقد يكون بالعجز عما
جعل الشرع دليلا صدقه كالمحدود في القذف قال استاذنا فان لم يتوبا يشهدا فاولئك عند الله هم الكاذبون
قال ولا تقبل شهادة الاعمى شهادة الاعمى اما ان يكون في الحدود والقصاص او لا فان كان
الاول فليست بمقبولة بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت او لا
فان كان الاول قبلت عند زفر وهو رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة وان كان الثاني فان كان بصيرا وقت
التحمل والمشهود به غير منفك قبلت عند ابي يوسف والشافعي وان انتفى احدهما لم تقبل بالاتفاق فالمعتبر
عند ابي يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء امتنع القضاء اما
عدم القبول في الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى يقام مقام

المعاينة

المعاينة والحدود لا يثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان الحاجة في الى السماع ولا خلل
فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع لا تقبل فيما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون
وسياتي جوابه آخر واما وجه قول ابي يوسف والشافعي فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن
حصل له العلم بالمعاينة عند التحمل صح منه لا محالة والاداء انما يكون بالنطق ولا خلل في النطق لكن لسانه
غير معترف وكان المعتبر لصحة التحمل والاداء موجود اذ المانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف
يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت اذا شهدا على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها تقبل
بالاتفاق اذا ذكر النسبة والجواب لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انا لا نسلم ان القول يستند بتحصيل
الاداء بل الاداء مفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يتميز الاعمى الا بالنغمة وفيه ابي
النغمة تتاول الصوت بنبرة يمكن التمييز بها بين الشهود فان الشهود البصراء كثيرا وفهم عنه من
شهادة الاعمى والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لا جل كتاب القاضي الى القاضي
فانها تقبل وللاشارة فيه تمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى وقوله يمكن التمييز اشارة الى الجواب
عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اداء
الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النغمة مميزة
للاعمى في مواضع فظهر من الاموال وبدو ولي زوجته وجاريته فانه لا يميزها عن غيرها الا بالنغمة وفي ذلك
تناقض وتقرير ذلك ان الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة فيحتاج ما نحن فيه ولا نسلم
انتفاء المانع فان انتفاءه لحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة
ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص لان النسبة غير مفيدة للتعريف واما وجه ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لمنع القضاء بالعمى الطارئ بعد الاداء فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء
ليصير ذلك الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد
اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته والامر الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء
يمنع القضاء لان المقصود من اداء الشهادة القضاء ومدار الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فيمنع القضاء والعمى بعد
التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند ابي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء قوله بخلاف ما
اذا ما فانه ان غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات
او غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء فلا اهلية عنده ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشرع
يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة
ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاما قوله ان لا تكون له ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله
تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ووجه الاستدلال ان الله تعالى حكم على الابد وهو ما لا نهاية
له والتنصيص عليه بيان في العقوبة في وقت ما والاستثناء في قوله لهم للمحدود في القذف وبالتوبة
لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه بعد توبة الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد

والحد وهو الاصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا التهمة اعتبارا له بالاصل قوله بخلاف المحدود في غير
القذف جوابه عما قال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب
تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف ووجه ذلك ان رد الشهادة ان كان بالفسق فالتوبة تزيله وان كان
لدفع التهمة فقبلت كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فانه من تمام الحد كما
قررنا وليس للفسق اذ الثابت له التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا الا الرد عن
القبول وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب والاستثناء
ينصرف الى الجميع بمكنة تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا والجواب انه منصرف
الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون وهو ليس بمعطوف على ما قبله لفظا وهو اختيار قاضي
قلت فاجاب بمعنى الطلق ليصح قوله وبالوالدين احسانا قلت بانا بخبر النصف فانه يفيد حصر احد
المسندين في الآخر وهو يؤكد الاخبارية سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو
خلاف الاصل سلمناه لكن كان اذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كالاصل الحد وهو ينافي ظاهر سلمناه
لكن جعله مجازا ليس باولى من جعله للاستثناء منقطعا بل جعله منقطعا اولى دفعا للحد ورد تمام المعتبر
على هذا التمييز بتنصيص العلة تقديرا للاستدلال لان الفاسد قوله ولو حد الكافر يعني اذا حد
الكافر ثم اسلم لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا لان الكافر شهادته
على مثله ومن له ذلك وحد القذف كان رد شهادته من تمة حده والاسلام حدث له شهادة مطلقة
غير الاولى فلا يكون الدال على تطهيرها فالعبد اذا حد في القذف ثم اعتق لم تقبل شهادته لانه لم يكن له
شهادة الا كانت بعد العتق فجعل ردها من تمام حده والجواب بالفرق بين مسلم نشأ في دار الحرب
فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل القذف فاجعا حقه الى حصول اهلية
الشهادة ولم يجعل الزنا فاجعا الى حصول تقوم الولاية وفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد موجبا في دار الحرب
للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه
واعترض على كلام المص بانه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة
ايضا لملاقاة الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم فحد في حال
اسلامه لم تقبل شهادته ولو حد قبل الاسلام قبلت فلا يكون ذكر الحد قبل الاسلام مفيدا والجواب
ان فائدة تطبيق المستثنى في عروض ما يوجبها بعد الحد مع وقوع الاختلاف المحوج الى الفرق واما ان
الشهادة لا تقبل بعد الاعتاق لانها لا تقبل قبله فلا يناقض قوله ولا شهادة الوالد لولده
لا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه ولجداده لقوله عم لا تقبل شهادة الولد
لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا
الاجير لمستأجره قيل ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد واجيب بانه
ذكره على سبيل الاستطراد فانه عم تلك مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فقط فانه قال لو قبلت شهادة العبد

في موضع

في موضع من المواضع لكان سبيل العرض لم تقبل في حق سيده ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا
لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب ان تكون الشهادة لنفسه من وجه او ان تكون فيه تهمة قال المص
المراد بالاجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يتخذ خدما استاذه خدمة نفسه ونفعه نفع نفسه
فيقبل التلميذ الخاص هو الذي يأكل معه فهو عيال له وليس له اجرة معلومة وهو معنى قولهم لا شهادة للتابع باهل
البيت من المتبوع لانه بمنزلة السائد فيطلب معاشه منه وقيل المراد بالاجير مسافة او مشاهرة وهو الاجير
الوحد فيستوجب اي فانه اذا كان كذلك يستوجب الاجر بمنافعه واداء الشهادة من جملتها فيصير
كالمستأجر عليها وهو استحيان شيء وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه
اذ ليس فيما شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة استيفاء بسبب اتصال المنافع ولهذا جاز شهادة
الاستاذ له ووضع الزكوة فيه لكن الاجماع منعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس واما
شهادة الاجير المشترك فمقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاذه ولهذا له ان يؤجر نفسه من غيره
في مدة الاجارة قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولا تقبل شهادة احد
الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متميزة اي يد كل واحد
منهما مجتمعة بنفسها غير متعرفة في ملك الآخر غير متعدية اليه ولهذا ينفرد احدهما للآخر ويحبس بدينه
وكان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالاخوين والاولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول
شهادة احدهما للآخر نفع للشاهد لان كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس
بقصدي بل حصل في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو
مفلس فانه تقبل وان كان له فيه نفع لحصول ضمنا ولنا ما روينا من حديث عائشة رضي الله عنها
انه صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج
لامرأته ولان الانتفاع متصل ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت انها تحل لي يحد وهو دليل
انتفاع وهو المقصود من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يجر منفعة في شهادته يجر النفع الى نفسه
وشهادة المتهم مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم جواب عما ذكره الشافعي ووجهه ان الغريم
ولاية له على المشهود به اذ هو مال المديون ولا تعرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها
هو الذي يتصرف في مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر امر موهوم
وحق الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان قال ولا شهادة المولى لعبده لا تقبل شهادة
المولى لعبده لما روينا ولان شهادته له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه وذلك لانه
لا يخلو اما ان يكون على العبد دين او لا فان كان الاول فهو له من وجه لان الحق موقوف مراعى بين
ان يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في ديونهم وبين ان يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه
وان كان الثاني فهو له من كل وجه لان العبد وما يملكه لمولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه
لما قلنا من كون الحق موقوفا مراعى لانه ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا

فكانت شهادة لنفسه والشهادة الشريك لشريكه بما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض
وذلك باطل وان بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت
لانتفاء التهمة فيه هذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا مفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه
لان الخروج والتقاص والانكار لا يكون في احداهما مشتركا بينهما فكان شهادة لنفسه من وجه قال
وتقبل شهادة الاخ لاخيه تقبل شهادة الاخ لاخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لا
تنتفي التهمة بتباين الاملاك ومنافعها ولا تقبل شهادة مخنث وهو الذي يعرف من عرف بالزنا من الافعال
اي الكائن من المواظبة قال الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا
مغنية لارتكابهما المحرم طمعا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي عليه السلام عن الصوت نهي الاصوات النائحة والمغنية
وصف الصوت بصفة صاحبه والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني
للهو معصية في جميع الاديان قال الزيادة لنا اذا اوجر عاما معصية عندنا وعند اهل الكتاب
وكذا اجرة المغنيات والمغنيات خصوصا اذا كان المغنى من المرأة فان تشويه الصوت
منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد بما يقوله الناس وقيد بقوله فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل
ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد بكل من اذمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة
خمرا كان او غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان
المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة ولا من يلعب بالجوز لانه يورث غفلة
لا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة ثم هو مصر على نوع لعب ولانه قد يقف
على عورات الناس بصعود سطحه لنظر لهو وذلك فسق فاما اذا كان يستأنس بالحمام في بيته فلا
عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فيفرخ في بيته وهو يبيعه ولا
يعرفه من حمام نفسه فيكون من البيت فانها تأتي بحمامات غيره فيفرخ في بيته اكل الحرام في بعض
النسخ ولا من يلعب بالشطرنج وهو الفخ فهو مستغن عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون
مع آلة اللهو او لا وانما يكتفى عن كونه عادة من المغنية لانها تنصرف على الاطلاق وهذا بعد كونه للناس حتى
لو كان غناؤه في نفسه لا آلة وحشة لا باس به عند عامة المشايخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
واختار المصنف وعلل بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة واحد ذلك ما روي عن الزبير بن مالك انه دخل على اخيه
البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ومن المشايخ من كره جميع ذلك
وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على انه ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ
والحكمة واسم الغناء ينطلق على ذلك قال ولا من يأتي بابا من الكبائر من اتى بشيء من
الكبائر التي يتعلق بها الحد نسبا وسقط عدالته هذا بناء على ان الكبيرة اسم لما فيه حد او قتل وقال
اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع التي ذكرها رسول الله صلعم لا الحديث المعروف وهو الاشراك بالله
والقذف والزنا وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال

بعضهم

وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا
من يأكل الربوا لانه كبيرة ومن لعب بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه امور ثلثة التجارة او تفويت الصلوة
بالاشتغال بها او اكثر الايام اللاذة لان هذه الاشياء من الكبائر والمحرم يذكر الثالثة لان الغالب في
الاولان ولم يفرق بين النرد والشطرنج في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا
للعدالة بمجرد الفعل لقوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون لا يكون عدلا ويجوز ان يكون افراد
قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك قوله لان للاجتهاد
فيه مساغا قال مالك والشافعي يقولان بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون الكل الربوا مشهورا
لان الانسان قلما يتحرز عن مباشرة العقود الفاسدة وكذلك الربوا فلو قبلت شهادته اذا ابتلي به
لم يبق احد مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به
لعدم عموم البلوى ولا من يقعد المستخفرة في سخنة المحتفرة وفي اخرى المسخة للمستفيض وفي اخرى
المستخف كلها اسم المفعول سوى المسخنة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف
رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبواقي
الاكل على الطريق اي البعد بين الناس لان في ترك المروة اذا كان لا يستحي من مثل ذلك فالظاهر انه
لا يمتنع عن الكذب ثم ان منها ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف ثم الصحابة والتابعين رضي
الله عنهم منهم ابو حنيفة لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهر فهو عدل روى
ابن سماعة عن ابي حنيفة انه قال لا تقبل شهادة من سب اصحاب رسول الله صلعم واقبل شهادة من
يتبرأ منهم وفي قول ابي يوسف المراد سبة لا يأتي به الا اسقاط السخفة وشهادة المسخف لا تقبل ولا
كذلك التبرئ لانه يعتقد دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء
الا الخطابية منهم والهوى ميلان النفس الى ما يستلذ به من الشهوات وانما سموا به لمتابعتهم النفس
ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه
والتعطيل ثم كل واحدة منها تفترق الى عشر فرق وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ
وجه الفسق اذ الفسق من حيث الاعتقاد اشد منه من حيث التعاطي ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد
وما هو كذلك فهو بدعة لا كفر لانه تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كمن شرب المثلث
او شافعي الكرخي ترك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة
من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه
كان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاصغر وقيل قوم منهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على
غيره يجب ان يشهد له بينة شيعته بذلك وقيل كل من خلف عندهم فرد شهادته لانهم كافرون
ان كان له فيها ولا ولكن الذمة في شهادتهم ان كانوا لها قبلت ثانيا وفي الثالثة وتقبل
شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت

مللهم كاليهود والنصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله عم لا شهادة لاهل ملة لاهل ملة اخرى
الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تع والذين كفروا بعضهم اولياء بعض
بعض والمراد بالولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله تع ما لكم من ولايتهم من شيء فالعطف قرينة تدل على
تناسب المعاني وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون والظالم فاسق
فيجب التوقف فيه لقوله تع ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وصار كالمرتد والا تقبل شهادة المرتد لجنسه
وبخلاف جنسه والثاني روي ان النبي عم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله
وابو موسى ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكافر مو كذلك فكان اهلية الشهادة
على نفسه كالمسلم فان قيل المسلمون لهم اهلية على جنسه وخلاف جنسه دون الذمي فبطل القياس والجواب
ان القياس في الذمي كذلك كفر ذمي خلاف الجنس بقوله تع ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
واعترض بان الله تع قال ممن ترضون من الشهداء والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة
الى الشهادة حتما او مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض
قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جوابه من قوله لانه فاسق وتقرير الفسق مانع من حيث فعل يحرم
الدين او من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن فسق الكفر ليس من بابه فان الكافر يجتنب محرم
دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة
الزور ثم ان ارتكبوا الكذب بالكلمات مع علمهم بحقيتها قال الله تع وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما
وعلوا واجيب بان المراد به الاخبار على عهد رسول الله عليه السلام المتظاهرون على كتمان نعته ونبوته
والشهادة لهم عندنا ومن بعدهم على ان الحق لهم عليه فالكذب يستلزم تدين ملتهم على كون الكذب على
احد مخالفا اذ هي مخالفة الاديان كلها وقد له بخلاف المرتد جوابه من قوله وصار كالمرتد فانه لا ولاية له
لا على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل وقوله بخلاف شهادة الذمي على المسلم جوابه من قوله ولهذا لم تقبل
شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية اهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها
كما ذكرتم ووجهه ان ولايته بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم وقد مر لنا جواب
آخر عن هذا السؤال ولانه يتفرع عليه جواب آخر وتقريره سلمنا ان علة قبول شهادته وهو الولاية متحققة
لكن المانع متحقق وهو تغليظه بقهر المسلم اياه فانه يحمل على التغلب عليه بخلاف ملة الكفر فانها وان اختلفت
فلا قهر لبعضهم على بعض لدار الاسلام فلا يحملهم الغيظ على التغلب قال ولا تقبل شهادة الحربي على
الذمي لانه شهادة الحربي على الذمي قال المص اراد بالحربي المستأمن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي على الذمي
لم يستأمن على الذمي غير متصورة لانها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر ودار الاسلام لا يجوز
عوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استيمان فيحضر مجلس القضاء لانه ما خوذ قهرا فيصير عبدا ولا شهادة للعبد
لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستأمن
من اهل دار الحرب واختلاف الدارين كما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله

وهو

وهو اعلى حالا منه اي اقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا تقبل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهار
على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزء العلة الانقطاع الولاية فلا تقبل
شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لانه لكونه اعلى حالا اقرب الى الاسلام فصار شهادته كشهادة
المسلم تقبل على الذمي والمستأمن وفيه نظر لان الاختلاف الدارين كما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين
الحربيين اذا كانا من دارين مختلفتين ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض الصور
دون بعض تحكم والاولى هو الظاهر فان قلت اما يجوز ان تكون علة لقبول شهادة الذمي على المستأمن
لا جزء لعلة انقطاع الولاية قلت بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتأمل وسند الجواب عن قبول شهادة
الذمي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك قال وتقبل شهادة المستأمنين
بعضهم على بعض المستأمنون في دارنا لا يخلو اما ان يكونوا من دار واحدة او لا فان كان الاول قبلت شهادة
بعضهم على بعض وان كان الثاني كالترك والروم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا
يمنع التوارث فيه خلاف الذمي جوابه من قوله لان اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على
المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجه ان يقال الذمي من اهل دارنا وهو كذلك فله الولاية العامة لمن فيها
فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص كما مر والاقرب في المستأمن فتقبل شهادة
الذمي عليه ولا كذلك المستأمن لانه ليس من دارنا وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانوا من دارين مختلفين
قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فيحكم بخلاف المستأمن قال وان كانت الحسنات
اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرائض ويجتنب
الكبائر والاصرار على الصغيرة كبيرة بغير غالب احواله وتعالى الصغائر وان كان اتيانه بالمحرمات في الندر
اغلب من المداومة بالصغائر جازت شهادته ولا ينفذ حكم عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضي الى تضييع حقوق
الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف وهو من لم يختن لان الختان سنة
عند علمائنا رحمهم الله وتدل السنة لا تخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى حينئذ
بل مسلما وابو حنيفة يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون
بعضهم قدروه من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين
رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع او بعد السابع لكنه شاذ وتقبل شهادة الخنثى وهو من له الخصية لكن
عمر رضي الله عنه قبل شهادة علي في الخنثى ولانا قطعنا خلافا فصار بمن قطع يده وتقبل شهادة ولد الزنا
لان فسق الابوين لا يزيد على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابوين ففسقهما اولى قال ولا تقبل
شهادة ولد الزنا لانه يجب ان يكون غير مكلف والكافر زائد كما في قوله تع ليس كمثله شيء فيتهم فلنا
الكلام في العدل وقد ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به سلمناه لكن لا نسلم ان العدل
يختار ذلك او يستحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امرأة وشهادة الجنس مقبولة بالنص قال
الله تع واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ويشهد مع رجل امرأة

للاحتياط ويخشى ان لا يقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لا خمار ان تكون امرأة قال وشهادة
العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني ابا حنيفة يجيز
شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم لكن نفس العمل
ليس بفسق فان اجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يطعن بهم فعلم ما بقدح في العدالة الا اذا كانوا
اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم قوله وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة
لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط
فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن ابي يوسف في الفاسق لان لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة
ولهاته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويؤاجرون انفسهم لان
من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم اطيب الكسب قال
النبي عليه السلام افضل الناس عند الله من يأكل كسب يده فاني به جدير جدا قال وإذا شهد الرجلان
ان ابا هذا او مولى فلان اذا شهد رجلان ان ابا هذا او مولى فلان او شهد المولى لهما بذلك او شهد عدلان
لهما على الميت دين او شهد عدلان للميت على هذا دين او شهدوا ان ابا هذا او مولى لهذا مات وترك مالا
ثلاثة فلا يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا او لم يكن فان كان الوصي لم يجز في القياس وفي الاستحسان
الا في الوالد فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره وان كان الاول جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لانها
شهادة تثبت بعض المتوفى اليه بنصيب من يقوم باحياء حقوقه او فراغ ذمته ولا شهادة للمنتفع وجه الاستحسان
انها ليست بشهادة حقيقة لانها ترجيح على القياس الظاهر لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من
نصب الوصي اذا رضي الوصي والموت معروف حفظا لاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتأمل في صلاحيته من
ينصبه واهليته وهؤلاء بشهادتهم اكتفوا مؤنة التعيين لم يثبتوا لها شيئا فصار كالمزكي في كونها ليست بحجة
بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه
ما لم يكن له اجاب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما هذه بثالث معهما اعتراف
بعجزهما عن التصرف بعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له نصب و
لا ولاية الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في القريبين له على ما مر فانه يقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران
على انفسهما بالمال فيثبت الموت حقهما باعترافهما وان شهدا ان ابا هذا الغائب وكل فلانا بقبض دينه
بالكوفة لم تقبل شهادتهما انكر الوكيل او ادعاه لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت كانت
موجبة والتهمة تنفي ذلك قال وإذا شهد الشاهدان على جرح الجرح اما ان يكون مجروحا او
غيره لانه لا يخلو اما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم او لا والثاني هو المفروض لتجرده عما يدخل تحت الحكم والاول
هو الذي لك ان تستفيد مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المفروض مثل
ان قالوا هم فسقة او زناة او اكلوا ربا فالقاضي لا يسمعها لان المعدل المعروف جرحه احد ما قلنا لان الفسق
مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة ورفع الالتزام وسماعها انما هو للحكم والالتزام والتوبة

قبل

قبل وعليه الاعتماد ان في الجرح المفروض هتك الستر وهو اظهار الحرام فلا يسمعها وهو حرام
بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتك واجب الستر وفعل اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان
قيل ما بالهم لم يجعلوا معدلين في العلانية فيسمع منه الجرح المفروض اجيب بان من شرط في زماننا
ان يعدل لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا سأله القاضي تفاديا عن الشناعة واحترازا عن
اظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه ذلك وانما قال ولا يحكم لذلك وان كان عدم السماع يفيد
الجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا قوله الا انه استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع
اي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي انه اقر ان شهوده فسقة فانها تقبل لان الاقرار مما
يدخل تحت الحكم ولم يظهروا الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها
وكذلك اذا شهدوا بان المدعي استأجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد فعم الاستيجار اليه ليس بجرح
لهذا ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى الخصم بحكم له الحاكم ولا خصم فيه بعد ذلك اجنبيا عنه حتى لو اقام
البينة ان المدعي استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعلامهم العشرة على الذي كان في يده قبل
لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقاما على ان صاحب
الشهود على كذا من المال دفعه اليهم على ان لا يشهدوا على هذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال
لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع قوله ولهذا قبلناه اي ولما قلنا
انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا
من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا اسهل والمعنى
اذا اقام المدعى عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او سارق او قاذف او شريك
المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلانه يثبت الرق وهو
ضعف حكمي ثم في سبب الولاية اهو حق الله وموضعه اصول الفقه واما قوله انه محدود في قذف فلانه نقل
حكمه اهو كالحد بشهادته وهو حق الله تعالى وكذلك حد السرقة فان قيل في هذه الشهادة
اظهار الفاحشة كما فيما تقدم فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا دعت اليه حاجة لقيام الحد
الشاهد بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية
عن المدعى عليه لانها تندفع بان يقال للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك
اعتباران احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علامات
عدم التعادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهدين المدعي
او ابن قال ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام
اي اخطأت بنسيان ما يجب على ذكره او بزيادة كانت بالهفوة بعد تذكر ما يجب علي او اتيت بما لا يجوز
لي فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعدما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان
يكون عدلا او غيره والمتذكر اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغيير من احد الخصمين او لا فان كان

غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره وان كان عدلا
قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثلا ان يدعي لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثلا ان يترك
ذكر اسم المدعي والمدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك
لفظة الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمراد
لا يتحقق بدون الشرط واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالغيم قال غلطت بل هي سحابة
او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهدا والا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق
القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وعاينت او زاد عند آخرين
لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرن باصلها والتي تشمل الائمة السرخسي وهذا التدارك
يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها قال المص ووجه ان الشاهد قد يبتلى بهذه المصيبة
مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من المجلس وهو عدل فاما
اذا قال بعدما قام من المجلس فلم يقبل لانه بقوله الزيادة من المدعي بالمجاحدة الشاهد بحطام الدنيا والنقصان
من المدعى عليه بمثل ذلك فوجب الاحتياط قوله وكذا المجلس اذا اتحد بدل آخر على ذلك وفيه اشارة
الى ما قال الى السرخسي فانه الحق المطلق باصل الشهادة فصار ككلام واحد وهذا يوجب العمل بالشهادة
الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه وعلى هذا اي على اعتبار المجلس في دعوى النوع اذا وقع الغلط
في بعض الحدود وقد ذكر الشافعي في مكان الغرق او بالعكس او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد
بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح من المجلس قبلت والا فلا عن ابي حنيفة
انه يقبل قوله في غير المجلس ايضا في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه
او لان تقييده بشبهة التغرير بالمجلس

باب الاختلاف في الشهادة

تاخير الاختلاف في الشهادة عن اتفاقهما انما يقتضيه الجميع لكثرة الاتفاق اصلا والاختلاف انما هو بعارض
الجهل والكذب فاخره وضعا للتناسب قال — الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان
خالفتها لم تقبل وقد عرفت معنى الشهادة فاعلم ان الدعوى هي مطالبة حق في مجلس القضاء عند بشرته
وموافقتها الشهادة ما هو ان يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا وانفعالا ووضعا ومكانا ونسبة
فانه اذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد بثلثين
او ادعى سرقة ثوب احمر وشهد بابيض او ادعى انه قتله يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم
الفطر بالبصرة او ادعى سرقته وانلاف ما فيه وشهد باستهلاكه عنده او ادعى عقارا بالجانب الشرقي
من ملك فلان وشهد بالغربي منه او ادعى انه ملكه وشهد انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولده
الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى واما الموافقة بين لفظيهما
فليست بشرط الا ترى ان المدعي يقول ادعى على آخر بمعنى هذا والشاهد يقول اشهد بذلك ولا يستدل
المص على ذلك بقوله لان تقدم الدعوى من حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقها

وانعدمت فيما تخالفها اما ان تقدمها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد
منها ولا تقع بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب واما عدمها
عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها فصار وجودها وعدمها
سواء والتنبيه بحث من وجهين احدهما انه قال تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقه
فقد وهو مسلم ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط والثاني انه عند المخالفة تعارض كلام المدعي
والشاهد فالمرجح كصدق الشاهد حتى اعتبر من كلام المدعي والمجلس عن الاوان علة
لقبول الشهادة التزام الحاكم سماعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد فقد انتفى المانع
فوجب القبول بوجود العلة وانتفاء المانع لان وجود الشرط استلزم وجوده ومن الثابت
الاصل في الشهود العدالة لاستيلائه على بحث قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط عدالة المدعي لصحة
دعواه فرجحنا جانب الشهود عملا بالاصل قال — ويجوز اتفاق الشاهدين واللفظ والمعنى
عند ابي حنيفة الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة
ولكنهما اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة فانما الموافقة من حيث
المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد
احدهما بالحنطة والآخر بالعلبة فهي مقبولة وانما اختلافه بحيث يدل بعض على ما دل البعض الآخر بالتضمن
فقد نفاه ابو حنيفة وجوزه فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف
اذا كان المدعي يدعي الفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث
لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكلامه موكد لذلك يثبت به المتفق عليه دون
ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما
سيجيء ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا لان احدهما لفظه والآخر تثنيته واختلاف الالفاظ ظاهر اذا
وتثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة وان شئت بالتثنية فان الالف لا يعبر به
عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف لغة كذلك فكان كلامهما كلاما مبينا
لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما
في جنس المال شهد احدهما بكر والآخر حنطة فيرد وذكر في المبسوط اذا ادعى الفين وشهدا بالف قبلت
بالاتفاق ووجه الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجودها بين الشاهدين فما وجه لابي حنيفة
من ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما بحسب اشتراطه بين الشاهدين بانه لو ادعى الغصب
وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم يقبل ولنا لا ان يقول
قد تقدم في تلقين الشاهدين في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة واكذب المدعى عليه خمسمائة
وشهد شاهدان بالف فالقاضي يقبله لجهالة ابراء خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق
في شهادته كما وفق القاضي انه للجواز بالاتفاق وبين هذه المسئلة وما نقلت من المبسوط ما تدمن التنافي

اتفقا

المزد فلا يجوز

في الجواب للاحتمال ان يكون ما فتاوى من المسبوط على ما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلثا فطلقت
واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة واما اذا قال لها انت طالق الفا فانه يقع تلك لان الا
كثر من ذلك لا يثبت فيتعين الاقل وليس بما نحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به
شيء قال ـــــ واذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى شرط القبول اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة
على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطف احدهما على الاخرى
والعطف يغير المعطوف عليه وتغليره اذا شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقة ونصف او بمائة وبمائة وخمسين
بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالالف و
الالفين هذا اذا كان المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن الالف فشهادة من شهد بالاكثر
باطلة لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء فان قيل لم يكذبه الا في
البعض فما بال القاضي لا يقضي على الباقي في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقر به
اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر شرط
فتفسيقه لا يبطل الاقرار في حقه وكذا اذا سكت عن اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة
بحالها لا يقضي له بشيء لان التكذيب ظاهر فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لان التوفيق بذكر التوفيق يخرج
كلامه لا يتدمه في الاصح وعلى هذا لو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة لكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت
للتوفيق بالتوفيق وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا يخلو من ثلثة
اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتوفيق او يوفق وجواب الاولين بطلان
الشهادة والقضاء دون الاخرى قال ـــــ واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة اذا
ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة تقبل شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه
قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر فيكون شهادتهما من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه
خمسمائة لا يكون المدعي له المدعى به الف بل خمسمائة لا غير واجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة
وذلك بقبض العين كان الدين الذي هو غيره فلان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي بقبض ما
هو غيرها شهادة لا وهو الدين فلم يعد متناقضا وعن ابي حنيفة انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء جعل
شهادته ان لا دين الا خمسمائة لان القبض بطريق التملك لما اوجب انقضاء بطلت مطالبة رب الدين عنه
من خمسمائة فلم يكن الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي بالاقل
كما قلنا في الالف والالفين الا ان هذا خالفهما لان ذلك فيما يكون الشهادة بالاقل وقتا بنداء وهذا
ليس كذلك وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف وقرر احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب
لا محالة وعورض بان المدعي كذب من شهد بقضاء خمسمائة وتكذيبه تفسيق فكيف يقضي بشهادته
وجوابه سيأتي قوله وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم بذلك ينبغي ان لا يشهد

بالف

بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم بعلمه بدعواه بغير حق وفي الجامع
الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة
على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء والفرق بين مسئلة الجامع وبين ما ذكرت
قبلها ان في مسئلة الجامع شهدا احد الشاهدين بقضاء الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه
وكذا الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء وهو تفسيق
له قلنا هذا اكذب لا عن المشهود به الاول وهو القرض لانه اكذبه فيما عليه وهو القضاء وهو غير
الاول لا محالة وهذا ليس بمانع كما لو شهد عليه شخص آخر قبل ان يشهدا له فاكذبهم وحاصله ان
اكذب المدعي بشهوده تفسيق له لكونه اختياريا واما اكذب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة
الدفع عن نفسه قال ـــــ واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وقد ذكرنا
ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة واخر
يقتله يوم النحر بالكوفة فيكون بعض القاضي بالاولى لم يقبلا لان احدهما اذا ثبت يبقى اذا العرض
الواحد اعني القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احدهما باولى من الاخرى فان سبقت
احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت بالقضاء بها فلا ينقضها
ليست مثلها قال ـــــ واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما
في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللون يتشابه
كالحمرة والسواد او لا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة وهو الاصح وقيل ان كان يتشابه يقبل وقيل لا
قال واذا اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقال لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء
غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة فلا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب
والمسئلة بحالها فانهما لم تقبلا بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه
اتلاف نصف الآدمي وصار كالكفارة والانوثة لذة للغاية ولابي حنيفة ان التوفيق ممكن لان التجارة في
اللباس بعيد لكون السرقة فيها غالبا والاثواب يتشابهان كالحمرة والصفرة او يختلفان بان يكون
بلقاء احد جانبيها اسود ينصرم احدهما والاخر ابيض يتباعد الاخر واذا كان التوفيق ممكنا
وجب القبول كما اذا اختلفا في الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين احدهما ان طلب
التوفيق ههنا احتياط لاثبات الحد وهو القطع بخلاف الدرء والاثبات والثاني ان التوفيق ان
كان ممكنا ليس بمعتبر لم يصرح به فيما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه فيما يدرأ بها والجواب
عن الاول ان ذلك اعتبر احتياطا لا اثباتا ان لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صاحب
الشهادة لبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا فيقطع به او لا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا
نقله كلون الثياب المتسارق واطالها فاعتبار التوفيق فيه ليس احتياطا لاثبات الحد لاثبات الحد بدونه
بدون الايمان فالسكوت عن بيان لون البقرة مما كلفهما القاضي بذلك فيتبين انه ليس من صاحب الشهادة

لان العكس

ولم يكلف نقله الى مجلس الحكم بخلاف المذكورة والانوثة فانها بكلفة النقل بذلك لان القوة تختلف
باختلاف محالها اختلافا في طلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس اعتبارا لمكان التوفيق او يقال
المصرح بالتوفيق يعتبر فيما كان في طلب الشهادة والمكان فيما لم يكن فيه هذا والله اعلم بالصواب
قوله بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان الجارية بالنهاية اذا الغصب يكون فيه غالبا على ذهب
منه وقوله المذكورة والانوثة جواب عما استشهد به من الاختلاف بهما لانهما لا يجتمعان في واحد وكذا
الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق قال ـــــــ ومن شهد لرجل
انه اشترى عبدا فلان بالف رجلا ادعى على آخر انه باعه هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة وانكر
البايع ذلك فشهد شاهدا بالف وآخر بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المشهود به يختلف اذ المقضي
من دعوى البيع قبل التسليم اثباته وهو يختلف باختلاف الثمن اذا الشراء بالف غير بالف وخمسمائة
واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نم ان المقضي اثبات العقد بل المقضي هو الحكم
والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى السبب المحيي دليل على ان ثبوته هو المقضي ليترتب
الحكم عليه وهو الملك اذ لو كان مقضيا ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان
الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقضيا السبب فان قيل التوفيق ممكن لجواز ان يكون
الثمن الالف فاذا زاد في الثمن وعرف به احدهما دون الآخر اجيب بان السيد الشهيد ابا القاسم ذهب
الى ذلك وقال تقبل الشهادة عند ما اذا شهدا بجنسين كالدرهم ومائة دينار ووجهه ما في
الكتاب ان الشراء بالف وخمسمائة انما يكون اذا كان الالف وخمسمائة متلصقين بالشراء واما
اذا اشترى بالف ثم زاد خمسمائة فلا يقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن قوله
ولكن المدعي يكذب احد شاهديه دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البايع سواء
ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لا فرق بينهما لما بينا ان المقضي هو السبب وكذا اذا كان المدعي
هو الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد مقضيا واما اذا كان هو المولى
فلان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقضي اثبات العقد وفيه نظر لما مر اما الاول فلانه
قال العتق لا يثبت قبل الاداء وذلك مستقيم ان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس
كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد
منكر فالشهادة لا تقبل لكن الفسخ والجواب عن الاول ان تقدير بدل العتق لا يثبت قبل الاداء
والاداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقضي هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق و
العتق لا يقع قبل الاداء والاداء لا يتحقق بدون الكتابة فلا تنتهي المقصود وعن الثاني ان قوله فالشهادة
لا تقبل لكنه من الفسخ لبيان صحيح لجواز ان لا يختار الفسخ ويخاصم لاخذ البدلين وكذا الخلع والاعتاق
على مال والصلح عن دم العمد اما ان المدعي اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد
مقضيا والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان المدعي

من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف او قال
مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال في القصاص صالحتك
بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة
من انه يقبل على الالف اذا ادعى الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى العين لا تقبل عنده خلافا لهما
وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنها لانه يثبت
العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق بتوفيق الدعوى والدين في الرهن ان كان المدعي
هو الراهن لا يقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه
غير مفيد فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن فكان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين اجماعا
قال قيل عقد الرهن بالف غير بالف وخمسمائة فيجب ان لا تقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه
لانه كذب احد شاهديه واجيب بان عقد الرهن غير لازم من جهة المرتهن حيث كان له ولاية الرجوع
متى شاء وكان في حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة
كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما ان يكون
الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع لان المقضي اثبات
العقد وقد اختلف باختلاف البدل وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي هو الاجير او المستاجر
فان كان الاجير فهو دعوى الدين يقضى باقل المالين او ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت
كانت المنافع عنده وجب الامر فصار كمن ادعى على آخر الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والآخر
بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة كما تقدم
خلافا لهما وان كان المستاجر قال في الهداية كان ذلك اعترافا منه بحال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به
ولا حاجة الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق له نزاع وان اقر بالاقل فا
لاجر لا يأخذ منه بينة سوى ذلك فهو بعض الشهود فان كان الدعوى من المستاجر فهو دعوى
العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا انتهى العقد بجملة الشهادة فيأخذ المستاجر
باعترافه قال ـــــــ فاما النكاح فانه يجوز بالف اسحاقا اذا اختلف الشهود في النكاح
فشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فهو بالف عند ابي حنيفة وهو استحسان وقال ابو يوسف ومحمد
هذا بالحاق النكاح ايضا وذكر في الاملاء قول ابي حنيفة مع قول ابي يوسف لهما ان هذا اختلاف في السبب
لان المقضي من الجانبين هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة
ان الملك في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر وبملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال
كالصبي والاخرس والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا قدرا والاصل في الحال والا
زدواج دليلا آخر وتقدير الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم
المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف موضعه ولا اختلاف في الشاهدين

فيما ثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان
في تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه فيما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب
في الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان البيع ومعنى كلامه ان يبطل المال
المذكور في الدعوى ويلزم منه المنع والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما تقرر والجواب
ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه يجري في الحلف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم
فالتشكيك فيه غير مستحق قال ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكثير او والصواب كالكثير
الواو بدل لا لا يستوي وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لا فرق بين كالدين وجيد يكون الدعوى
باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجهه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد وهو لا يختلف
باختلاف البدل لكونه غير مقصود بنفسه وضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود اعني الدين وقال
لم يقل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فاجاع انها لا تقبل لان
مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول
وقيد الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت المرأة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اقبح لان الكلام
ليس في ان الزوج يدعي العقد او المال او المرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على
هذا المهر هل يوجب خللا في نفس العقد او لا قال ابو حنيفة لا يوجب ذلك وقالا يوجب وقد ذكر
المص دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع والعلم ان
العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل يحتاج الى الجرح والتعديل وان يقول الشاهد عند الشهادة
هذا المدعي وارث الميت وتركه ميراثه الا فان ابو حنيفة ومحمد لا بد منه خلافا لابي يوسف هو يقول
ان ملك المورث ملك الوارث لكونه الوارث خلافة ولهذا يرث ما يجب ويرد عليه واذا كان كذلك
صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث يتجدد في حق
العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير
والمتجدد محتاج الى النقل لئلا تكون اسبابه استصحاب الحال مثبتا الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك
المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدي عند الموت
تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يتوسع اسبابه ويبين
ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فجعل اليد عند
الموت دليلا للملك لا بقاء قد يكون اليد يد امانة ولا ضمان فيها لينقلب بواسطته ملكا
لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين انها وديعة فلهذا لانه حينئذ تلك الحفظ وهو
تعد يوجب الضمان واذا ثبت هذا فمن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها
الذي هو في يده فانه حينئذ يأخذها ولا تكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف

فلانه

فلانه لا يوجب الجرح والشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجد وقد
وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقام انها كانت في يده فلان مات
وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت فصار كانه اقامها على انها كانت
ملكه عند موته وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقل لو مات وتركها ميراثا لم يقبل عندهما لعدم الجرح وما
قام مقامه ويقبل عند ابي يوسف شهادتهم بملك المورث قوله وان قالوا لا نعلم مسئلة ان بها
استطراد اذ هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار بيد رجل فادعى آخر انها له و
اقام بينة انها كانت له لا يد لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا
انها كانت ملكه قبلت فكذا هنا فصار كما لو شهدا بان للمدعي عليه اخذها من المدعي فانها تقبل لان
الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت لمجهول لان اليد منقضية لزوالها بسبب
الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكلما كانت كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي
منتزعة دليل آخر اي اليد منتزعة الى يد ملك وامانة وضمان وكلما كانت كذلك فهو مجهول والقضاء
باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم
وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس المخبر كالمعاين
بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله قوله وان اقر المدعى عليه يعني اذا قال المدعى عليه هذه
الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد
شاهدان باقرار المدعى عليه ذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به
وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة
ويؤمر بالبيان

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة
فرع شهادة الاصول فاستحقت التأخير الى التأكد وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء
عبادة بدنية لزمت الاصل احقا للمشهود له لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم
استحسنوا جوازها لما كان حقا لا يستطاع بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن اداء شهادته
لبعض العوارض فلو لم يجز لادى الى ابطال الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة على الشهادة
على الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اي لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما
يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما
لعدم جواز بين البدل والمبدل منه ولكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل وآخران على شهادة
شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به فان المشهود به بشهادة الفروع هو
شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي واذا كان كذلك
لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا ثبت البدلية
فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقتله او من حيث ان فيها زيادة

احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها بشرة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان فيها
في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة
كذبهم مع امكان الاحتراز بجنس المشهود بان يشهدوا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذر
اقامة بعض قام به الباقون فلا تقبل في الحدود والقصاص قوله ويجوز شهادة شاهدين ان يجوز
ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصليين وقال الشافعي لا يجوز الا ان يشهد على
شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الآخر فذلك اربع على كل اصل اثنان لان
كل شاهدين قاما مقام واحد فصار كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء
بشهادتهما ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فانه بالطلاق يفيد
الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكونا شاهدي كل اصل فيكون نقل الشهادة معطوف على قوله
ولنا قول علي رضي الله عنه معناه ان نقل شهادة الاصل حق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة
ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الاول بخلاف شهادة المرأتين فان الفرع بانضمامهما لم يصيرا
بمنزلة رجل واحد ولا تقبل شهادة رجل واحد على واحد خلافا لمالك قال الفرع قائم مقام الاصل
معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فلانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار
فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه ومن ظاهر الدلالة على المراد ولانه
حق من الحقوق فلا تثبت نصاب الشهادة بخلاف رواية الاخبار قال ـــــ وصفة الاشهاد
ان يقول شاهد الاصل لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكيفية الشهود الفروع شرع في بيان كيفية
الاشهاد وادائه الفروع فقال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهدي الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان بن فلان عندي يكذا واشهدني على نفسه لان الفرع هنا نائب عن الاصل فلا بد
من التحميل والتوكيل على ما مر ولنا قال لنا نائب عنه لما مر ان الفرع ليس بنائب عن الاصل الا شهادته بل في المشهود به
ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي لينتقل منه الى سمعه ويجوز ان يكون
معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول اوضح لقوله لينتقل الى مجلس القضاء وان لم ينقل الاصل عند التحميل اشهده
على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حال له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ـــــ شاهد الفرع
هذا بيان كيفية اداء الفرع الشهادة فيقول شاهد الفرع عند الاداء اشهدان فلان بن فلان اشهدني
على شهادته ان فلانا اقر عندي بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته اعني الفرع
وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والعبارة المذكورة في ذلك كله هو اوسط العبارات ولهذا ان شهادة
الفرع عند الاداء لفظ الحوالة هنا وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهدان فلانا شهد عندي ان
لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته
بذلك الآن فذلك ثمان سنين والمذكور الا خمس سنين واقرضه وهو ان يقول الفرع عند القاضي
اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه سنتان ولا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه

فلان د

١٢٥

ابي جعفر وهكذا ذكره محمد في السير الكبير ومن قال اشهد في فلان على نفسه لم يشهد السامع
على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل بالاتفاق اما عند محمد فلان الفقهاء عنده
يقع بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني يتخير المشهود عليه بين
تضمين الاصول والفروع وفي ذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر واما عندهما فلانه ان لم
يكن بطريق التوكيل حتى لو شهدا ناعلى نفسه ثم منعه عن الاداء لم يضره منعه وجاز له ان يشهد على شهادته
لكن لا بد من نقل شهادة الاصول الى مجلس الحاكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم تنقل
ولا بد للنقل من التحميل ولهما ان يقول كلام المصنف مضطرب لانه جعل المطلوب الكلام في التحميل واستدل
عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه فيظهر بالتعب في ذلك فينبغي ان يكون التحميل ما جعل
بعد النقل والنقل لا يكون الا بالتحميل وذكر في الغاية بالظهرية قولهم وهذا الموضع لا تسمع الشهادة
لا تكون حجة الا في المجلس القاضي فلا يصير العلم للقاضي بقيام الحق بحجة شهادة الاصل من غير الفرع لا
يسعه الشهادة على الشهادة وان كان اصل شهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو ان
الشهادة على الشهادة لا يجوز الا بالتحميل والتوكيل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في النقل الفرع شهادته
من وجه وهو ان الشهادة مستحق على الاصل يجب عليه اداؤها واثم بكتمانها متى وجد الطلب من الحق
كما لو كان عليه دين ومن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز وان لم يكن بامره فباعتبار
هذا لا يشترط الامر لصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها حجة في بطلان ولاية في تنفيذ قوله على المشهود
عليه وابطال ولاية يدون امر مضر في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر فصار كمن له ولاية في انكاح
الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه وهذا كلام حسن جيد الحلل و
اما عبارة المشايخ فهي مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات
بوجه آخر مفيد قال ـــــ ولا تقبل شهادة الفروع قد تقدم ان يجوز الشهادة على الشهادة مشروع
للحاجة فلا يجوز ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام او يمرضوا مرضا
يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبر السفر
لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة كما هي ادبر عليها عدة احكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد
المسح وعدم وجوب الاضحية وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف انه لو كان في محلة
لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله حل له الاشهاد دفعا للحرج واجاء لحقوق الناس قالوا
الاولى ان التقدير بثلاثة ايام احسن لان العجز شرعا يتحقق به كما في سائر الاحكام التي علقناها وكان موافقا
لحكم الشرع فكان احسن والشافعي ارفق وبه اخذ ابو الليث وكثير من المشايخ وروي عن ابي يوسف
ومحمد انه تقبل وان كانوا في المصر لانهم ينتقلون فيعجزون كما لو كانوا في قرية فان عدد شهود الاصل شهود
الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة اصليين فذلك على وجوه اربعة اما ان يعرفهما
القاضي او لا يعرفهما او يعرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم

بعرفها يسأل عنها وان عرف الاصول دون الفروع يسأل عن الفروع وان عرف الفروع يسأل عن الاصول
فان عدل الفروع الاصول ثبت عدالتهم بذلك على ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية كذا في صفة الشهادة
وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انهما من اهل التزكية وقوله غاية الامر الخ لقول مت
يقول من المشايخ لا يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فلا يصح منهما فاشار المصنف بقوله غاية
الامر الى غاية ما يرد فيه من اما الشبهة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان تعديله منفعة له
من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما يشهد به لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم بشهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال
انما شهد في شهادة ليصير معتبرا القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وان لم تكن
له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لا يمكن
قوله نفسه معتبرا وان نقلت شهادة صاحبي اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا
تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لا نجرحهم جاز شهادتهم لكن ينظر القاضي في حال الاصول بان يسأل
من المزكي غير الفروع عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل شهادة الفروع لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها
هاهنا لم يقبلوا الشهادة فلا تقبل وابي يوسف ان للاخر عليهم فقلنا الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل
قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد اداوا ما وجب عليهم ثم القاضي يعرف العدالة اما اذا حضر الاصول بانفسهم
فشهدوا واذا قالوا لا نعرف ان الاصول عدول او لا فيلزم ذلك وقولهم لا نجرحهم سواء فانه اشار اليه بقوله
فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلواني لا يسأل القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح
لان شاهد الاصل يؤدي مستورا وان اكد بشهود الاصل الشهادة وقد لزمنا لما قلنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء
الفروع يشهدون لشهادتهم تقبل شهادة الفروع لان التعديل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر
الفروع وهو التعديل شرط صحة شهادة الفروع قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين
اذا شهد نفران على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقال اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها
فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لا نعلم ان هذه ام لا يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان
الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك
النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري بعدما انكر ان يكون
المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان بان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى
عليه الذي في يده غير محدود بهذه الحدود وكذلك اذا كتب قاض بلد الى آخر شاهدان شهدا عندي
ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان كذا فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي
المكتوب اليه ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور
في هذا الكتاب لتمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة على
الشهادة الا ان القاضي يكتفي بديانته ووفور ولايته بتعرفه بالنسب فلا يلتزم ما قلنا بخلاف كتاب القاضي الى
القاضي بشهادة الفروع غير مناسب اذ العلة من شاهدهم دون الكتاب يكتفي بديانته ووفور ولايته قام مقام العدد

ولو قال

ولو قال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة وباب كتاب فلانة التميمية لم تجرحني
ينسبوها الى جدها وهي القبيلة الخاصة يعني التي لا خاصة دونها قال في الصحاح الفخذ
آخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وقال في غيره
ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح الشين يجمع القبائل والقبائل يجمع العمائر والعمارة بكسر العين
يجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ بكسر الخاء يجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز
لان التعريف لا يتعين ولا يحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
فلم يكن بينهم نساء اخذت اسامي بيوتهن واسامي ابائهن ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانه خاصة ثم التعريف
وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ما يعرف الروايات فذكر الفخذ له
يقوم مقام الجد لان الفخذ اسم الجد الاعلى فينزل منزلة الجد الادنى في النسبة ومواب الاب

فصل

قال ابو حنيفة شاهد الزور يشهر في السوق شاهد الزور
وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر ويشهر تعزيرا
عند ابي حنيفة فقوله ولا اعزره يعني لا اضربه وقال لا تؤخذ حزبا بجنسه وهو قول الشافعي
ومالك لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه بالخاء المعجمة
من التسخيم وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لانه الاستدلال
به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم كمدة مثله وهو غير مشروع ولا بتبليغ
التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما قناه ابو حنيفة من التعزير بالضرب فانه يدل
على ان اصل الضرب مشروع في التعزير وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة وقوله وكان
هذه اي شهادة الزور كبيرة يثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان و
واجتنبوا قول الزور وبالسنة وهو ما روي ابو بكرة عن ابيه ان النبي عم قال الا انبئكم باكبر
الكبائر قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة
الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت وتعتعة ضربها الى العباد باتلاف اموالهم وليس
حد مقدر فيعزر وقال ابي حنيفة ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمان عمر وعلي
رضي الله عنهما والصحابة متوافرة وما كان يخفى ما يعلم عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي
عنهما وحد محل الاجماع وكان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب
وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف
فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق فوجب التخفيف في هذا الوجه وذلك بترك الضرب و
حديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو منهي عنه قال عم
من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هنا وبدلالة شمس الائمة واوله شيخ الاسلام
بان المراد بالتسخيم التحميل بالتفضيح فان للجلد يتمشى مشوا اعجازا الخ قال الله تع واذا بشر احدهم

بالاستئصال وجهه مشوهاً وتفسير الشهرة ما نقل عن شريح انه كان يبعث الى سوقه ان كان سوقيا
والى قومه ان لم يكن سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم
ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وخذروه الناس
وذكر شمس الائمة ان عندهما ايضا يشهر والجلد والتعزير مفوض الى ما يراه القاضي ولم يذكر
المص ان هذا الاختلاف فيمن كان ثابتا او مصرا او مجهول الحال وقيل ان رجع على سبيل التوبة والندم
لا يعزر من غير خلاف وان رجع على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف وان لم يعلم حال الفعل على
الاختلاف الذي قلنا ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك او لا ان كان فاسقا تقبل لان
الحامل على الزور فسقه وقد زال بالتوبة عند المشايخ سنة اشهر وعند آخرين سنة قالوا والصحيح
انه مفوض الى راي القاضي وان كان ستورا لا تقبل اصلا وكذا ان كان عدلا على رواية يوسف عن
ابي حنيفة لان الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء وروى ابو جعفر عنه
انه تقبل قالوا وعليه الفتوى قال وفي الجامع الصغير وكذا ان قال انه ذكر روايته هي معرفة
شاهد الزور بانه الذي اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة
والبينات شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص فظهر حيا او بموته فكان حيا اما لذريته
واما لانه لا محيص له ان يقول كذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت وما بعضي كذبت
فدار بالشهادة بغير علم فجعلها نه قال ذلك

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب كتاب الشهادات وتاخيره من فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها
يقتضي سبق وجودها وهو ما يعلم به كونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لانه فيه
خلاصا عن عذاب الكبرى فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا
به او شهدنا بزور وبما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت
الشهادة عن اثبات الحق بها على العزيمة لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان
القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما
اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه اما المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان
كانت حقا في الواقع ورجعا عنها صارا باغيين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها وان كانت
الكلام لم ينفذ الحكم لان الكلام الاول يناقض الاول والكلام المتناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا
فلا ينفذ به حكم الحاكم كيلا يؤدي الى التسلسل وذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه
مرة بعد اخرى وليس بعضه على عزم ترجيح فيسلسل الحكم فيفسد وذلك خارج عن موضوعات الشرع
ولان الكلام الاخير لا دلالة على الصدق لا لاول وكلما كان كذلك ساواه واحتيج فيه الى الترجيح
وقد ترجح الاول باقتران القضاء به فلا ينقض به وعليهما ضمان ما اتلفوا بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم
بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان علة للتلف لكنه كالملجاء من جهتهم فلا يرفع التسبيب منهم

بعد

بعد ما ينضاف الحكم اليه كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل كلامهم متناقض وذلك ساقط
العبرة فكلام الضمان اجاب بقوله التناقض لا يمنع صحة الاقرار ووعد بتقريره من بعد واكتفى
عن ذكر التعزير بهذا الفصل بذكره في الفصل المتقدم قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة
الحاكم الرجوع عن الشهادة لا يصح الا بحضرة حاكم سواء كان هو الاول او لا لانه فسخ للشهادة وهو
مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة يختص
به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف
بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب ان الاستحقاق لا يرتفع ما
دامت الحجة باقية فلا يتصور رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه
ليست بحجة كالمقر والاقرار بالضمان مترتب على ارتفاعها او بقيتها وضمنه فكان من تتابعه لا يقال
البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء ويجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه
اسهل منه لانا نقول مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يصح الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمرتهن
في النكاح ووجوب البيع في البيع فانه شرط لصحة وصحة الفسخ لان الرجوع توبة والتوبة على حسب
الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم فالتوبة عنها تتقيد به
فاذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واقام على ذلك بينة او عجزهما
واراد تحليف الشاهدين لم تقبل القاضي بينته عليهما ولا يحلفهما لان البينة واليمين تثبتان
على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض
كذا وضمنه المال لقبلت بينته لان السبب صحيح والضمير المسكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي و
معناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يقل شيئا الى الان ويجوز ان يكون للمدعي ومعناه طلب من القاضي
تضمينه والالف واللام لا قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قوله البينة ان السبب بقوله
البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم وقد مر الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح
وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست بمطابقة للدليل فانها قبول البينة لا يجب
الضمان فتامل وان شهد شاهدان بمال فحكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه هذه المسئلة
قد علمت من قوله وعليهما ضمان ما اتلفوا بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي ولما يأتي
بعدها من رجوع بعض الشهود دون بعض قال القاضي لا ضمان عليهما لانهما سببا للاتلاف
ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف على وجه التعدي
وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك لان المباشر هو القاضي واضافة
الضمان اليه متعذرة لانه كالملجاء الى القضاء بشهادتهم لانه بالتاخير يفوت ويسمى ملجاء حقيقة لان
الملجاء حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ولان الايجاب عليه
صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لاجله ويتعذر استيفاؤه من

من المدعي ايضا لان الحكم ماض لما تقدم فاعتبر التسبيب فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي
ترك اصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه
ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص
جعل المسبب كالمباشر قلنا اصل المباشر الاختيار فقطع السبب او صار بمنزلة ما لا صنع والشافعي جعله
مباشرا بما روي عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمنا انكما تعمدتما لقطعت ايديكما
والجواب انه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة
لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان الضمان انما يجب على الشاهد اذا
قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف
يتحقق بالقبض وفي ذلك لا يتفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة
بين اخذ العين والتزام الدين وبيان ذلك انهما اذا التزما دينا بشهادتهما فلو ضمنهما قبل الاداء
الى المدعي كان قد اخذ منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين
فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان ينتزع الشاهد بعد الرجوع وان لم ينتزعها المدعي
وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبض وذلك لان ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيدا بالمثل
واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالا عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا
لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه باخذ الضمان لا ينتفي المماثلة
واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكه قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والحاصل ان
الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يد ملكه فلا
يكون له ان ينتزع الشاهدين شيئا ما لم يجز المال ممن يده بقضاء القاضي قال واذا شهد رجل
احدهما ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة هو ما من بقاء وجوب الحق في الحقيقة بشهادة
الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان المشهود اذا كان اكثر من القضاء يضاف القضاء
ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد الا استواء فلهذا اضافة القضاء الى المستحق وعلى
هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادته من بقي نصف الحق فبدلا لاستهلاك ذلك
فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء وكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز
ان يصلح في البقاء ما لا يصلح في الابتداء كذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح
في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه
لانه لم يبق من بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي المشهود به ثابت بالحجة التامة واستحقاق المتلف
يسقط الضمان فيما اذا اتلف انسان مالا ان يدفع القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف
عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت له بدفع القاضي على المتلف فالمتلف عنه بطريق
الاولى لان الدفع اسهل من الدفع فان رجع آخر من الرجلان نصف الحق فيجب ان لا يجب الضمان على

الراجع

الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فان
رجع الثاني وهو الذي اتلف نصف الحق فيضمن الضمان عليه ويجب بان الضمان على الاول ثابت
بطريق التبيين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه
واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما الا ان القضاء
كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع
وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان
بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء
من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل و
عشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى
كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان
رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن بقين مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع
رجل ويبقين للقيام بنصف الجملة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادتهن
ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال الصلى الله عليه وسلم
في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كان كرجل صار كانه
شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وانما نبهم ان لو قال عدلت
شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او
مكررا فكان الاطلاق كلمة كل وان رجع النسوة العشر دون الرجلين عليهن نصف الحق عندهم
جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالواحد في بقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة بمال
ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فلا تضاف القضاء مضافا
الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا قال وان شهد شاهدان على
امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار
مهر مثلها او باقل من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير متقومة بالاتلاف
لان التقوم يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله وانما يتقوم جوابه
عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لما ثبت بالتملك كذلك لان الخارج موجود في الداخل في الملك
فمن ضرورة التقوم احدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه
ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس
بموجود في حالة الازالة الا ترى انه مشروط عند التملك بالبدل غير مشروط به عند الازالة كالمشهود والولي
ومعضده اصول الفقه وقد كنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله تعالى وتاييده وكذلك ان شهدا

من المدعي ايضا لان الحكم ما مر لما تقدم فاعتبر التسبيب فان قيل ما بال الكل منكم ومن الشافعي
ترك اصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه
ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي يجب عليهما القصاص
جعل المسبب كالمباشر قلنا اصل المباشر الاختيار فلم يصلح السبب او صار شبهة لما سيجيء والشافعي جعله
مباشرا بما روي عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمنا انكما تعمدتما لقطعت ايديكما
والجواب ان كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ولو تقدمت في المنفعة
لرجعت والمنفعة لا توجب الرجوع بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان الضمان انما يجب على الشاهد اذا
قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة لان الضمان بالاتلاف والاتلاف
يتحقق بالقبض وفي ذلك لا يتفاوت بين العين والدين ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة
بين اخذ العين والزام الدين وبيان ذلك انهما اذا الزما دينا بشهادتهما فلو ضمنهما قبل الاداء
الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين
فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي
وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبض وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمتلف
واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالا عن ملكه اذا اتصل القضاء بها ولهذا
لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكه باخذ الضمان لا ينتفي المماثلة
واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكه قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان
الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يد ملكه فلا
يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا لم يجز له الاستمتاع به بقضاء القاضي قال واذا شهد رجلان
احدهما ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة هو ما بقي من حق وجب الحق في الحقيقة بشهادة
الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان المشهود اذا كان اكثر من القضاء يضاف القضاء
ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد لا لاستواء فلهذا اضافة القضاء الى المستحق وعلى
هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادته من بقي نصف الحق فيسلم ذلك
وان الباقي فيه لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء فكذا بقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز
ان يصلح في البقاء ما لا يصلح في الابتداء كذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح
في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه
لانه لم يبق بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي المشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف
يسقط الضمان فيما اذا اتلف انسان مالا ان يدفع القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف
عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت له بدفع القاضي على المتلف فالمعتبر عنه بالمعنى
الاولى لان الدفع اسهل من الرفع فان رجع آخر من الراجعان نصف الحق فيجب ان لا يجب الضمان على

الراجع

على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فان
رجع الثاني وهو الذي اتلف نصف الحق فيضمن الضمان عليه ويجب بان الضمان على الاول ثابت
بطريق التسبيب او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه
واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما الا ان القضاء
كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع
وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان
بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع بقاء
من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل
وعشرة نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وان رجعت اخرى
كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان
رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة اسداسه عندنا وعند ما على الرجل
النصف وعلى النساء النصف لانهن وان كثرن بقين مقام رجل واحد ولهذا لا ينعقد شهادتهن الا مع
رجل ويبقين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته
ضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص لان النبي صلى الله عليه وسلم
في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد واذا كان كرجل صار كانه
شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وانما نبهم ان لو قال عدلت
شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل والجواب انه اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء او
مكررا فكان الاطلاق كلمة كل وان رجع النسوة العشر دون الرجلان عليهن نصف الحق عندهم
جميعا لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل بقي بقاؤه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة بمال
ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا
الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا قال وان شهد شاهدان على
امرأة بالنكاح وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار
مهر مثلها او بازيد من ذلك لان المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير متقومة بالاتلاف
لان التقوم يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة قوله وانما يتقوم جوابه
عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لما ثبت بالتملك كذلك لان الخارج موجود في الداخل في الملك
فمن ضرورة التقوم لاحدى الحالتين تقومها في الاخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتلاف ووجه
ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس
بموجود في حالة الازالة الا ترى انه مشروط عند التملك بالمهر وطريقه عند الازالة كالمشهود والولي
ومع ضعفه اصول الفقه وقد كتبنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله تعالى وتاييده وكذلك ان شهدا

على الزوج بتزوج امرأة بعقد اسمر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البيع متقوم حالة الدخول
في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شرى شيئا بعشرة فبيعه ثم رجعا لا يضمنان قوله وهذا
لان مبنى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة
بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها
من غير عوض وهو موجب الضمان قال ــــــ وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باعه
بالف درهم ثم رجعا فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف
وان كان قيمته الفين ضمنا للبائع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض
ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع بان شهدا بان قيمة العين في الصورة المذكورة وبان
البائع بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك وفسخت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل
ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غبن بدل للمالك والبائع
كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة حيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط
الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده
والبائع لما كان متمكنا لاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب
حسب طاقته فلو اوجب البيع في الملك لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان
شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكذبا ما كان على شرف
السقوط بالارتداد وبطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم
اذا اخذ ضبيا فذبحه يلحقه جزاء يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكذبا ما كان على
شرف السقوط بالتحلل لان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة
كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه جعل العقد كان لم يكن فكان نصف وجوب المهر على الزوج
ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع وانما كان في معنى الفسخ لان النكاح بعد
اللزوم لا يقبل الفسخ لكنه لما عاد كالمبدل الى ملكها من غير تعرف فيه يلتحق بالفسخ وان شهدا انه اعتق
عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وفي ذلك يوجب الضمان و
الولاء للمعتق لان العتق لا يتعلق بهما بالضمان وكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء
للمولى لانه يتكلم العتق واجيب بانه مكذب لذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت
العوض فانتفى الضمان واجيب بانه لا يصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار و
الاعسار لكونه ضمان اتلاف وانه لا يختلف بذلك قال ــــــ واذا شهدا بقصاص ثم رجعا اذا شهدا
على رجل بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهما لرجوعهما
القتل بسببا فاشبه المكره للسبب هنا وهو الشاهد المكره ان كان اسم فاعل او عبد القاضي المكره
لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لهما بالرجوع كفران كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لانه

ليس على الجاء

ليس على الجاء الى القتل وقوله بلا وتى اي السبب هنا اولى من الاكراه لان السبب موجب من حيث
الاقتضاء هنا اكثر لان المكره ممنوع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء فكان
هنا اكثر اقتضاء ومع ذلك يقتص من المكره للسبب فمن الشاهد اولى ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد
وهو ظاهر وهو مستغنى عنه هنا لانه لم يختلف فيه احد وبسببه تعلق بما نحن فيه الا ان يكون اعانة
الى ان المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا
لان السبب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك لان العفو مندوب اليه قال الله
تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف المكره فان الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يوثر حيوته
ظاهرا ولنا ان يقال هو اثبات حيوة اما ان يكون شرعا او طبعا فالاول ممنوع لان المسلم
مندوب الى الجبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر
التشفي بالقصاص ظاهرا ولهذا تنزل فقال لان الفعل الاختياري يعني سلمنا ان ثمة تسبيبا ولكن الفعل
الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل هنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح
فيقطع نسبته الى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا نسلم ان يورث شبهة يندرئ
بها القصاص قال قلنا لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص اجاب بقوله بخلاف
الدية لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها وقد تضمن
هذا الدليل الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشر فعل اختياري يقطع النسبة
عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد لا مقابلة الصحيح لاكراه العدم فجعل المكره
كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضع اصول الفقه وان رجع احدهما فعليه نصف الدية
فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا قتل الولي المقتول بالشاهدين وتضمن الشاهدين ونصف الدية
لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي
لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا
على المولى في قول ابي حنيفة خلافا لهما فالاثنان عاملان للولي فيرجعان عليه وقالا ضمنا الاتلاف المشهود
عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره وتمام ذلك يأتي وعليه يعرف في المختلف نصف
الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم قال ــــــ واذا رجع شهود الفروع اذا رجع
شهود الفروع ضمنوا بالاتلاف لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم و
لو رجع الاصول فاما ان يقولوا شهدنا الفروع على شهادتنا او يقولوا شهدنا هم فالثاني اولى لخلو
عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم اكدوا سبب الاتلاف وهو الاشهاد
على شهادتهما ولا يبطل القضاء لان الكاذب خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضى
بشهادتهم ثم رجعوا وان كان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ضمنوا لهما ان القضاء
وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول

شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى يكون سببا للاتلاف ولان الفرعين قاما مقام الاصلين
في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الاصلين ولهذا يعتبر عدالتهما فصارا كانهما
حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعا
فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما مر ان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه مخير
بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين فان لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي
ذكره ابو حنيفة وابو يوسف وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل
فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة
الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل كالشهادة على
واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره وتأخذ لابي محمد في مسئلتين يدل على اختيار
للمعقول محمد وان قال شهود الفروع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى قولهم ولا
يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع
وفي ذلك لا يفيد شيئا قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم
المشهود عليه ثم شهد الشهود عبيدا او كفارا وان تنبهوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا
من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم على اخبروا من فعل الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم
يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال وان رجعوا
عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المزكي ما اثبت السبب الا انه ولانه الزنا
وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية
اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير
وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها وانما قال بمعنى علة العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه
الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان
موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا قال واذا شهد شاهدان باليمين
اذا شهدا على رجل انه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر او قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها
وأخبرت على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقولنا خاصة قد تقدم تفسيره
يعني الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب
دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يعتبر الشرط كحافر البئر مع الملقي فالضمان
عليه دون الحافر قوله الآبر تدفع للاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين
ويحكم بها وان لم يشهدا بالدخول لوجود شهود الشرط وعدم اختلف المشايخ فيما اشار الامام الرستغفني
الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط وفيما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجوع شهود الدخول
ظن بعض المشايخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بعلة فيضاف الى الشرط

خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر فيه وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط
لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند وجود المباشرة
الاتلاف لا يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي او لا بخلاف مسئلة الحفر
فان العلة هناك تفعل المشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا
الى الشرط وقوله ومعنى المسئلة يريد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله اعلم

كتاب الوكالة

عقيب الشهادة لان الانسان
خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى تعاقد وتعاوض والشهادة من التعاقد والوكالة عقد
ولم يكن فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاوثر تأخيرها والوكالة بكسر الواو
وفتحها اسم للتوكيل من وكل يكل اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه فهو بمعنى
مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام
نفسه في تصرف معلوم وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة
ولم يلحقه النكير والسنة وهو ما روي ان رسول الله عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وبالاجماع فان الامة
قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا وسببها تعلق البقاء المقدور
بتعاطيها وركنها اللفظ وكلت واسلبا نحوه روي بشر عن ابي يوسف اذا قال الرجل لغيره اجبت ان
تبيع عبدي هذا او هو بيت او ضيعة او اردت فذاك توكيل ولو قال بالبيع وشرطها ان يملك الموكل
التصرف ويلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا
رضا صاحبه وحكمه جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان
بنفسه هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان عند الاحتياج فقد يتفق وهو
عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمرو بن
ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير مطردة وغير منعكسة اما الاول فلان
الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به بالمال والتوكيل بعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يقدر
له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني
فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة والجواب
عن الاول ان محل العقد من شروطه كون المحل شرطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض
لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير بالمال وتوبانه
تقرير للنقض لا دافع ويان التوكيل بالشراء جائز وملك كذلك موجود فيه والجواب ان
باب التخلف لمانع وقد عدم المانع والاحكام الثابتة غير لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو
الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لانها بدل
جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذات محل التوكيل بالشراء القرض لا الاستقراض والمراد

بقوله يعقده الانسان بنفسه سواء كان مستبدا به او الوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم
والممتنع توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع ما نوع ان توكيل وان صح المتوكل وقد وجد المانع
وهو حرمة اقتنائه منا في الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان
قد يعجز بانه قد يعجز الخصم المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمة عجز اصلا واجيب
بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تداعي المجلس للجلس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد
العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط هو الحاجة
وقد يعجز بوجد بلا عجز فان ــــ ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في
جميع الحقوق بالخصومة وكذا باثباتها واستيفائها اما الخصومة فلما قدمنا من تحقق الحاجة اذ ليس
كل احد يهتدي الى وجه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومات كما ونحاضر
الجوليب وبعدما استوى عقيلا وقد وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنه واما باثباتها واستيفائها
فلانه جائز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها في غيبة
الموكل عن المجلس لا تجوز لان الحد تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى عن دون مقام
الغير لما في ذلك من ضرب شبهة لما في كتاب القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع
الرجال وقوله وشبهة العفو بدل على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها وتدرئ القصاص تندرئ
بالشبهات وهي موجودة لان شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى لم يستوفه
الوكيل بل الظاهر هو العفو لتندب الشرع قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفيه خلاف
الشافعي يقول خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه
لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشهود الشاهد يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان
الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا استيفاء الحدود وبخلاف
ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى وان قيل اذا كان
الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه واجاب بقوله وليس كل احد
يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره
استحسانا لبيان ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية قوله وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات
الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق واثباتها واستيفائها استثنى
اثبات الحدود والقصاص واستيفائها بقي الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق
فقال هذا الذي ذكرناه قولا لابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص
باقامة الشهود وقال محمد مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا اما اذا حضر فلا
اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لا الى كلام الوكيل انابة والانابة فيها
شبهة لا محالة وهذا الباب مما يجري فيه الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء

ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة و
الشرط المحض حق المحقق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي
وانتفاء المانع لا يقال ــــ المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة
لانها في الشرط لا نسلم ما ذكر لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف الاستيفاء فانه
يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب يدفع ما عليه فكلام
ابي حنيفة الظهور لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع الا يرى ان الشهادة على
الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب
القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحة اقراره مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار
بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به فان ــــ ابو حنيفة لا يجوز التوكيل
بالخصومة الا برضى الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة
لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا بالمرض او السفر وقال لا يجوز
التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي فان ــــ المص لا خلاف في الجواز وانما الاختلاف
في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يلزم تدبيره او لا عند ابي حنيفة فالحكم فعلى هذا
يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم
فان الجواز لازم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم
عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز والحق ان قوله لا يجوز التوكيل الا برضا
الخصم في وقت قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله و
لا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لا يتوقف على
رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون واثباتها وفي حسمه انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه
فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضر في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالصا له سلمنا لكن
لا نسلم انه تصرف في خالص حقه انما يتم اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون
في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا اذن احد الشريكين
فانه يتوقف على رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لكان ضرر شريكه فيتضرر بين الامضاء و
الفسخ قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب غير مستحق عليها
فكان خالص حقه وبين ادخاله باعث التنزل ان نوع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير
والموت اشد من اللازم بتفوات الجواب فيجوز الاسهل والمرض والمانع عن الحضور وهو الذي يمنع
عنه مطلقا واما المنطوي فظهر الدابة او الحمار فاذا ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزد وقال بعضهم
هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح وارادة السفر السفر في صحة التوكيل لتحقق
الضرورة لكن لا نصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدته سفره او بالسؤال عن رفقائه

يتعلق بالوجود بخلاف الشهادة على الشهادة فانه صحيح

التنزل الى

كما في فتح الاجان ولو كانت الخصم امراة مخدرة وهي مسلمة يجري عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال
ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لم يمكنها ان تتلفظ بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال
قال هذا شيء استحسنه المتاخرون واما في الاصل فانه لا فرق عند الحسن بين الرجل والمراة المخدرة
وغيرها البكر والثيب لعدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها
وقال ابن ابي ليلى تجبر البكر دون الثيب والجد قال ــــــ ومن شرائط الوكالة ان يكون
الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول الحسن
ومحمد واما على قول الحسن فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف
في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشاء هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي
يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي
والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون
الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلامه من حيث التصرف وقوله وتلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك
التصرف وجنس الاحكام والاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون الموكل
لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احتراز عن الصبي والمجنون
ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح
والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتها شرطا واحدا لزم ان الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف
ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لا سيما
مع وجود المانع وهو قولك رائه قوله لان الوكيل دليل اشتراط ما شرطت به ولذلك صار الوكيل
يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه
محال والقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم
وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب
ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان ذلك يثبت لخلافته عن الوكيل فيما
تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا الجواز بثبوت
شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل
بحيث يلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه او لا لعارض عرض في بعض
ذلك لان بناها على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشرا
جالب ويعرف الغبن الفاحش والغبن اليسير وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصد
ان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وان يكون من اهل العبارة وهذا يشير
الى ان معرفة الغبن اليسير من الحر ليست بشرط في صحة الوكيل كذا في الكتب ان في ذلك
شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد عليه دين في المتاع

وده بان ده في الحيوان وده دوان ده في العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع
عليه احد الا بعد الاستقصاء بعلم الفقه واذا كان الحر البالغ او الماذون البالغ مثلهما جاز وبينهم
جواز توكيلهما من كان فوقهما بطريق الاولى لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة
وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من اهل العبارة فهي صحيحة لما تقدم وان وكل الحر
البالغ صبيا محجورا عليه او فعل الماذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظاهر
واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من
اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما
التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه
العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي اذا بلغ لم يلزمه لان المانع قصور اهليته
حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ وانما قيد بقوله محجورا
عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا ماذونين فعلا للحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي الماذون اذا
وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه
قياسا واستحسانا بل يكون على الآمر مطالبة البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان عن لان
ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك اذ هذا التزام ما لا في ذمته استوجب
مثل ذلك على موكله وفي ذلك معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة
واذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان
عن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه
والصبي الماذون من اهل ذلك والجواب ان العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل وعن ابي يوسف
ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق
خيار الفسخ لانه مارض بالعقد الا على ان الحقوق يتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر
على عيب لم يرض به قال ــــــ والعقد الذي يعقده الوكلاء على حزبين العقد الذي يعقدها
الوكلاء على حزبين حزب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فما يلي الاول كل عقد يضيفه الوكيل
الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه يتعلق بالوكيل وقال الشافعي يتعلق بالوكيل وقال الشافعي يتعلق بالموكل
لان حقوق العقد تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه عن
واعتبر بالرسول وبالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الحزب حقيقة وحكما
اما حقيقة فلان حكم العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له اهلية الايجاب والايجاب
فان العقد الواقع منه له ولغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل بخلاف
الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك كان الوكيل اصيلا
في الحقوق فيتعلق به فلهذا قال القدوري في المختصر وقال محمد في المبسوط يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب

بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد قوله والملك
يثبت للموكل خلافة جواب عما قال ان في ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم يتعلق بالموكل فكذا توابعه
وتقريره ان الملك يقع للموكل ولكن بعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه ومعنى الخلافة ان يثبت الملك
للموكل ابتداء والسبب انعقد موجبا حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق
وهذا طريقة الجماعة الذين والبه ذهب جماعة من اصحابنا وقال شمس الائمة قال ظاهر المذهب وقال المص
هو الصحيح فان قيل قال في الظاهر كقول الشافعي فكيف يصح جوابا لمنع التمام قوله فانه يتعلق الحكم وهو
الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس كذلك لانه يتعلق بثبوت الملك لخلافة
والثاني في اصالة وتحقيق المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل
عن الموكل اعماله ولا يوجد اولى من اعمال احدهما فلما ثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى التنا على حقا
بعبارته واهلية بطل التوكيل والا ثبتناها للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لان الغرض هنا التوكيل واليه
اشار المص بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فيثبت الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد السبب
كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح
احتراز عن رواية الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل لتحقق السبب من جهته ثم ينتقل الى الموكل وانما كان
الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة للوكيل او قريبه لا ينفسد النكاح ولا يعتق عليه
ولو ملك المشتري لكان ذلك واجيب بان نفوذ العتق يقتضي ملكا مستقرا قال في الزيادات وان تزوج
امة ثم حرة على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهر الحرة ولم ينفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم
استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر ينتقل الى الموكل فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله
صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال الامام الاسبيجابي الوكيل نائب لا حق
الحكم اصيل لا حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق بالحسن في حق الحقوق
وبالظاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا حسن قال المص وفي مسئلة العيب تفصيل ذكره واراد به
ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قال وكل عقد يضيفه الموكل
هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان
حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان
الوكيل فيها سفير ومعبر محض لعدم استغنائه عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه
كان النكاح له فكان كالرسول وعبارته عبارة الرسل فكان العقد صدر منه ومن صدر منه العقد
رجع اليه الحقوق ولهذا في الضرب الاول قال المص وهذا لان الحكم فيها لا ينفك عن السبب لانه
يعني ان السبب هو منه العقد اسقاط قبل الشيء ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظاهر واما فيه فلان
الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن كما هن من بنات آدم كالذكور الا ان الشرع اثبت نوع

الوكيل

ملك على الحرة بالنكاح ورفع الشيء وهو ذلك اسقاط لما ملكتها فيبقى الاشيء فلا يتصور صدوره من شخص
وثبوت حكمه لغيره والثاني ان يقال ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم لا ينفك
انفصاله عن السبب والجواب انا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل او يثبت له خلافة
اعتبارا للتوكيل السابق وبقي الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا لعبارته وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لانها
لما اخبر بشرط الخيار ولا يغيره لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم للوكيل او تنتقل العبارة الى الموكل والاول
باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا والله
دره على فضله وتنبيهه للكلام الاعتبارات جزاه الله عن الطلبة خيرا قال والضرب الثاني
من احواله اي ومن احوال الضرب الثاني العقود على مال والكتابة والصلح عن الانكار فيضيف الى موكله
والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو
من الضرب الاول لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل واذا وكل بابتياع عبد
لفلان او بتصدق بماله او بقرضه او بعمارته او بودع متاعه او برهنه فقبض الوكيل وقد امر
به جاز على الموكل باضافته اليه مثلا ان يقول وهبت لك هذا او رهنه وليس للوكيل الرجوع في الهبة
ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المص لان الحكم فيها يعني في الصور
المذكورة يثبت بالقبض والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فقد له فلا يجعل اصلا
مقتضاه اصلا في الحكم وليس الكلام فيه ويندفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان
ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل
بجعل العبارة سفارة فيما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلة وكذا الوكيل من جانب الملتمس نحو الو
بالاستعارة او الارتهان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق يرجع الى الموكل دون الوكيل اما اذا
قبض الوكيل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع
العقد والقبض ويندفع بانه لا بد من اضافة العقد الى موكله وبين بجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه
وكذا اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان الوكيل
بالاستقراض بالحاء استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم اني اعجل لك
ههنا ما ذكرته لا اقول كتاب الوكالة وان بذل ما بقدر الله ذكرته لكون المقام من معارك الآراء فان
لهم لك فاحمد الله وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملامة فان جهد المقل موقعه التوكيل بالاستقراض
لا يصح لانه امر بالتصرف لا مال الغير وانه لا يجوز وتوجه بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو
ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محلا في الاستقراض
البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ابتداء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالا
تهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل اسوى المستعار والموهوب اذ ليس ثمة بدل على المستعير او
الموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة و

كيل

والهبة لا الاستقراض والاتهاب وانما تحلهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك
عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان بدل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا
اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستقراض وغيرها من وجه صحة العقد خلفا عن بدل يلتزم في الذمة
اذ لم يعتبر فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل اعتبر المال فيه في الذمة لزم اجتماع
الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف
الرسالة فانها تصح في الاستقراض فان في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يصح الملك
فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك فحينئذ يثبت
الملك للمستقرض في حق المرسل فان واذا طالب الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري
بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا
اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع
ذلك لو دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل
اليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا
يصح لان جوازه بالقبض فلا بد القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبض وقبل
الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض قوله ولهذا ترجيح لقوله ان نفس الثمن المقبوض حقه فانه
لو كان للمشتري على الموكل دين وقع المقاصة ولو كان له عليهما دين وقعت بدين الموكل دون الوكيل
لكون الثمن حقه ولكن المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرأه جميعا بغير عوض
وخرج الكلام معا بين المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء
فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه
دين قلنا اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغير عوض وللوكيل عند ابي حنيفة و
محمد رحمهما الله ان يقبض المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه للوكالة لا الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك
عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر
فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تقع للوكيل والجواب ان الثمن حقه فان
ابراءه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابراء اسقط حق القبض وليس للموكل حق قبض
فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة واستند على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالرامي
بعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسد باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف
فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب التقرير بالوجه
سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقط وليس للموكل قبض سقط الثمن
ضرورة لما ذكرنا اتفاقا فيه فان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بثمن يوجب مقاصة لان
غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا متقوما ان كانت بدين الموكل ومتاخرا

بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قدم ابو الوكالة ما هو اكثر وقوعا
واشد حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع
ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات قال ومن وكل رجلا بشراء شيء اذا وكل رجلا
بشراء شيء بعينه لا بد لصحته من تسمية جنسه وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع
ههنا غيرهما اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو
كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو
النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد ههنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح الفقهاء والنوع
الصنف فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معينا او لا والاول لا حاجة فيه ذكر شيء والثاني لا بد
فيه من تسمية جنسه ونوعه مثلا ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثلا ان يقول عبدا
بخمسمائة درهم ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الاختيار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن غير
مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الاتيان بما امر به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما
بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء
بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل
العام مثلا ان يقول ابتع لي ما رايت فانه فوض الامر الى رايه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع
عن الآمر والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في باب الوكالة استحسانا والقياس بابائه لان الموكل
بالبيع والشراء معتبر بنفسه البيع والشراء بان يجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذكر
الجهالة تمنع الصحة فكذا فيما اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه
استعانة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا حرجا
وذلك لمن بالملك فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها اليسيرة ايضا لان الوكالة عما لا يعدها فتقبل
اذا بين الموكل بجنسه ونوعه ووصفه فذلك معلوم صحت الوكالة لا محالة وان ترك جميع ذلك
وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذلك مجهول لم تصح الوكالة لا محالة وان بين الجنس بان ذكر لفظا
يدل على انواع مختلفة فان تمم اذكر بيان النوع او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع و
لم يبين الوصف كالجارية وغيرها فكذلك وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا
فالوكالة باطلة بين الثمن او لا للجهالة الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه
الارض وفي العرف ينطلق على الخيل والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول
الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر
الامتثال لان ذلك الثمن لا بد من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة الا اذا وصفها فانها

جازت لارتفاع الجهالة بذكر الوصف والثمن واذا قال اشتر لي عبدا او جارية لا يصح لان ذلك
يشتمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا او هنديا لدى الاسلام او قال جارية هندية
او رومية او فرهاء او بغلا صحت لان ذكر النوع يقلل الجهالة وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية
بالف صحت لان تقدير الثمن يجبر النوع معلوما عادة فلا يمتنع الاشتراء ويتبين من هذا انه اذا ذكر
النوع او الثمن بعد ذكر الجنس صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والسلامة
وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال القليل على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه قال
ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر بها طعاما ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر بها طعاما
على الحنطة وبقيتها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما اذا حلف لا ياكل طعاما
اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف اهمل اراقتها واترجح بالاعتبار من القياس و
العرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة وبقيتها قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة و
بقيتها عندهم يسمى سوق الطعام واما في عرف عزيزهم فينصرف الى كل مطعوم قال بعض مشايخ ما وراء
النهر الطعام في عرف ديارنا ما يكثر اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف
الثمن كما اليه وقيد ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان بين ذلك فعلى
الدقيق وهذا بظاهره يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء
الطعام ينصرف الى شراء الحنطة وبقيتها وهذا الثاني للتعبير عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر
الهندواني وكثير من الشارحين انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك
من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان
كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة واقول
في تحقيق ذلك العرف ينصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة وبقيتها والدراهم بقلتها
وكثرتها وسكنها تفتقر افرادها عادة العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل
به عليه مثلا لرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة
للعلم بان المراد ذلك قال واذا اشترى الوكيل ثم الملح على الحيب اذا اشترى الوكيل ماء كاريه
وقبضه ثم الملح على عيب فاما ان يكون المشتري بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له
ان يرده الى البائع بغير اذن للموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني
لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان الرد ابطال ملك الحقيقة فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا
اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي او المشتري دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم
الى الموكل قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم كما اذا وكل شخصا بان يعقد عقد
الصرف او يسلم دراهمه مثلا فيصح جاز ولو وكله بان يقبض السلم لا يجوز لان الوكيل بجميع طعاما
لا ذمة على ان يكون الثمن لغيره وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين على ان يكون الثمن

لانه عقد على الموكل من يجوز التوكيل بجميع ما شرط او انما يجوز

نفرع وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه العين على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الدين
وان عرض بان يقبل السلم عقد يملكه الموكل فالواجب ان يملكه الوكيل حفظا للقاعدة المذكورة
عن الانتقاض وبان التوكيل بالشراء اجابة لا مجالة والثمن يجب في ذمة الموكل والوكيل مطالب
فلم يجوز ان يكون المال للمسلم اليه والوكيل مطالبا بتسليم المسلم فيه واجيب عن الاول بان الموكل
يملكه مزورة دفع الحاجة وبالنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يتعدى
الى جواز التوكيل به والثالث ثبت بالنص على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص والنص قد ورد
بجواز قبوله فلا يتعدى الى الامر به وعن الثاني بان كلا منا فيما اذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر
يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل في الشراء يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته فان قيل
فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له في صورة الشراء فالجواب هو الجواب عن السؤال الاول
المذكور آنفا واذا بطل التوكيل بان الوكيل هاهنا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال مملوك له
فاذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا عليه ولا فرق في ذلك بين ان يضيف العقد الى
نفسه او الى الآمر بالخلاف ما يدل على بطلانه ولا بد من قبض بدل الصرف وراس مال السلم في المجلس
فان قبض العاقد وهو الوكيل بدل الصرف صح قبضه سواء كان ممن يتعلق الحقوق او ممن لا يتعلق
كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضه صحيح وان لم يكن لانه مال وان فارق صاحبه قبل القبض بطل له
العقد لوجود الافتراق من غير قبض قال شيخ الاسلام هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس
العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل يصير كالمتصرف بنفسه فلا يجوز مفارقة الوكيل ومفارقة
الموكل غير جائزة لانه ليس بعاقد والمصنف قبض العقد قوله بخلاف الرسول يتعلق بقوله فيصح قبضه
ووقع في بعض النسخ بخلاف الرسالة اي الرسول في باب الصرف والرسول في باب السلم وليس
معناه الرسالة من الجانبين في الصرف والرسالة من الجانبين في السلم اي من جانب رب السلم ومن جانب
المسلم اليه لانه كما لا يجوز الوكالة من جانب المسلم اليه فكذلك الرسول ومعناه ان الرسول اذا قبض
لا يصح العقد بقبضه لان الرسالة في العقد لا في القبض والا لكان افتراق بلا قبض واذا كانت
فيه ينتقل كلامه الى المرسل فكان قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع
الوكيل بالشراء الثمن من ماله اذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله
ان يرجع به على الموكل لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية اي صار الوكيل كالبائع من المشتري لثبوت
امارتها فانها اذا اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيبا بالمشتري يرد على الوكيل
وذلك من خواص المبادلة فان قيل ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا عليه قلنا
الفرع المختص باصل وجوده يدل على وجود اصله فلا امتناع في كونه دليلا وانما الممتنع كونه
علة لاصله واذا كان الموكل كالمشتري من الوكيل وقد سلم للمشتري حق يرجع عليه فوكله
وان الحقوق دليل آخر وتحقيق ان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير اذن الموكل والاذن

ثابت ضمنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم انه مطالب بالدفع
لقبض المبيع فكان راضيا بذلك امرا به دلالة وهلاك المبيع في يد الوكيل قبل حبسه لا يسقط الرجوع
لان يد وكيل الموكل قائمة مقام يد الموكل قائمة بقاء يد الوكيل كالهلاك في يد الموكل
فلا يبطل الرجوع وللوكيل ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل والبائع
حق حبس المبيع لقبض الثمن وعلى هذا لا فصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البائع اولا وقال زفر
ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل فصار كانه سلمه اليه والحبس للتسليم غير متصور ولنا
ان ذلك طريقان احدهما ان يقال التسليم الاختياري يسقط حق الحبس لان المبادلة تقتضي الرضا
وهذا التسليم ليس كذلك لكونه مجبورا لا يمكن التحرز عنه لان الوكيل لا يتوصل الى الحبس ما لم يقبض و
لا يمكن ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط حق الحبس والثاني ان يقال ان قبض
الوكيل في الابتداء مستحق بين ان يكون لتتميم حقوق الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما ينبغي
احدهما بحسبه فكان الامر فيه موقوفا في الابتداء ان لم يحبسه عنده عرفنا انه كان عاملا للموكل
وان حبسه كان عاملا لنفسه وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه وان حبسه فهلك كان مضمونا
ضمان الرهن عند ابي يوسف يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا
وقيمة المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة يسقط
الثمن به قليلا كان او كثيرا وضمان الغصب عند زفر يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت فلا يرجع
الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع على الوكيل ان كانت قيمته اكثر فرق يقول منعه
حقه بغير حق لما ذكرنا ان قبضه قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار غاصبا ولهما ان قوله
الى حبسه ومحمد ان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل كما تقدم والبائع حبسه انما هو لاستيفاء
الثمن فكذا حبس الوكيل فيسقط الثمن بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان
حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البائع وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين
انه بالقبض كان عاملا لنفسه فيتقرر جهة كونه بائعا فلزم الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان
للموكل فاستبد الرسول فهلك عنده امانة ولابي يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد
ان لم يكن لانه لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم فصار مضمونا بعد الحبس كالرهن وهو كذلك وهو معنى
الرهن لان معنى البيع وان المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد وهذا لا يثبت مدعاه وقوله بخلاف
المبيع ينفي قولهما بعينه ان المستقرض ليس كالمبيع ههنا لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع وههنا لا
ينفسخ اصلا البيع يعني الذي بين الوكيل وبائعه واجاب المص بقوله قلنا ينفسخ في
حق الموكل والوكيل وان لم ينفسخ في حق البائع كما لو وجد الموكل عيبا بالمشتري فرده ورضي
الوكيل فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل قبل وهذا لما ان الرد على الوكيل
لانه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس

الموكل

فقي

فقي الاول ينفسخ البيع وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يبدل على انفساخه
من الاصل اذا هلك في يد الوكيل قبل خروج المبيع عن موضع النزاع وانه كما ترى فاسد لانه اذا فرض ان
الوكيل بائع وكان الهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستقام في وجه الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت حق
التامل وجدت ما ذكرت من جانب الى ترى غلطا او مغالطة وذلك لان البائع من الوكيل بمنزلة بائع
البائع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه فكان ذكر
احدهما قال ـــــ واذا وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم وكل رجلا بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فا
شترى عشرين رطلا بدرهم فاما ان يكون ذلك من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم او مما يباع منه
عشرون رطلا بدرهم فان كان الاول لزم الموكلين منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقال لا
يلزمه العشرون وكذا في بعض نسخ القدوري قال محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل اي الرواية
المبسوط في اخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه فقال لزم الامر عشرة منها بنصف درهم والباقي للامور
ولابي يوسف ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم الى اللحم وظن ان سعر عشرة ارطال والوكيل لم يخالفه
فيما امره وانما جاء لمنه مخالف للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما اذا زاد خيرا وصار كما اذا
وكله ببيع عبد بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم يامره بشراء الزيادة
فلم يكن ذلك للمقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امر به فينفذ شراؤه عليه وشراء العشرة على الموكل
لانه اتيان بالمامور به وفيه نظر من وجهين الاول ان لا يلزم الامر شيء من ذلك لان العشرة تثبت
ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة كما اذا قال الرجل
لحلق امراتي واحدة فحلقها ثلثا لا تقع واحدة لتبعيتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به
فلا يثبت ما في ضمنه بتبعه والثاني انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين كل واحد
منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما بعينه لا يلزم الامر منهما شيء والمسئلة خذوا الفقه
بالفقه واجاب عن الاول الامام جمال الدين بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك
لا يقع الا في ضمن ما قصده لم يقع لعدم الامر به وكذا ما في ضمنه واما في فيما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء
الثمن تتوزع على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية يجعل اللحم
من ذوات الامثال ولا تفاوت بينهما اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه و
حينئذ كان للوكيل ان يجعل للموكل ان عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان
تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالخبرة والظن وفي ذلك لا يتعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلذا
ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف
الا بالخبرة والظن وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط واما عند
غيره فلا بد من تعليل اخر ولعله ذكر ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكثرة التفاوت فيه قليله
اذا كان من جنس واحد بعروض التساوي في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب فان في تفرق

لخلاف احتمال التساوي كثرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورفعة ورقعة واجله كونه حاصلا بصنع العباد
محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمل ما هو اقل خلافا لقوله بخلافهما استشهد به جواب عن غبطة الجويني
للمتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له
وفي بان الدرهم ملك الموكل فيكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما حقيقة والجواب ان الزيادة
غير مبدل منه لا بدل فكان الربح ظاهرا والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد لوجوه
الفارق واقل ذلك ان الالف الزائد لا يفيد الا الكسب علاف اللحم ويجوز صرفها الى حاجة
اخرى فان وقد يتغير ذلك اللحم فيتلف وان كان الثمن المشتري للوكيل بالاجماع لوجوب
المخالفة لان الامر تناول السمين والمشتري هزيل فلا يحصل مقصود الامر فان ولو وكله بشراء
شيء بعينه ولو وكله بشراء شيء بعينه لا يصح له ان يشتريه لنفسه لانه يفضي الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه
وفي ذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك ذلك بغيبة الموكل على ما قيل لانه فسخ عقد
فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود فان اشتراه لنفسه والموكل غائب وقع عن الوكالة الموكل الا
اذا باشر على وجه المخالفة فلا بد من بيان ما يحصل به المخالفة فاذا سمى الثمن فاشتري بخلافه جنسه
او لم يسم فاشتري بغير النقد او وكله بشرائه فاشتري وهو غائب يثبت الملك في هذه الوجوه
للوكيل لانه خالف الامر فينفذ عليه اما اذا اشتري بخلاف جنسه فظاهر وكذا اذا وكله بكيلا لانه مامور
بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك الا حال غيبته قبيل ما الفرق بين هذا وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها
اذا انكحها من نقد مهر المثل المامور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف المهر المامور به
واجيب بان النكاح الموكل به نكاح مضاف اليه الى الوكيل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث انكحها
من نفسه فان الانكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى الموكل لا محالة فكانت المخالفة
موجودة فوقع على الوكيل واذا عرف ما به المخالفة فما عداه موافقة مثل ان اشترى بالمسمى من الثمن او بالنقد
فيما اذا لم يسم او اشترى الوكيل الا بحضرة الوكيل او فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رأيه لم يكن مخالفا قيل
ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الا بحضرة الاول او فعل به
ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجاز جاز وبين التوكيل بالطلاق والعتاق فان الوكيل الا اذا
طلق او اعتق بحضرة الاول لا يقع والرواية في الذخيرة والتتمة واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فيهما
منعقد لان التوكيل تفويض الرأي الى الوكيل وتفويض الرأي الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي
ولا حاجة فيهما اذا انفرد عن رأي الى الرأي فجعلناها مجازا للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل
عبارة المرسل فكان المامور به مامورا بنقل عبارة الامر الى شيء آخر وتوكيل الاخرس والاجانب ليس من النقل
في شيء فلم يمكنه التوكيل واما في البيع والشراء وغيرهما فان العمل بحقيقة الوكالة ممكن لانه يحتاج فيهما
الى الرأي فاعتبر المامور وكيلا والمامور به حضور رأيه وقد حضر بحضوره او باجازته فان
وان وكله بشراء عبد بغير عينه اذا وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان ينقد غير الشراء

وكذا اذا اشترى بغير النقود المتعارف نقد البلد لان الامر ينصرف اليه

للموكل

للموكل او يشتريه بمال الموكل وقوله هذا هو محتمل يجوز ان يكون مراده النقد من مال الموكل وان
تعين الاضافة اليه عند العقد وهو المراد عند المص فعلى ذلك لا يرد هذه المسئلة على وجه لانه اما ان
يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول فان لا محل لحمل
الوكيل على ما يحل له شرعا اذا لم ينفذ باضافة العقد الى دراهم غير مستحقة شرعا وعرفا لكونه غصبا
لدراهم الامر وان كان الثاني كان الامور حملا لفعله على ما يفعله الناس عادة لجريانها يوقع الشراء
لصاحب الدراهم ويجوز ان يكون قوله حملا الحال على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه
الاول والله يعلم بالدلالة فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف الثمن الى غيره شرعا فكذا لا يحل
له ان يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة والاول اولى لان الاول يجعل
غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للامر فهو له او لنفسه
فلنفسه لانه له ان يعمل لنفسه ولغيره وهذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل
نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي حكم النقد بالاجماع لمن طرح نقد الثمن كان المبيع له لكونه دلالة
ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم يحضر النية قال محمد هو
للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والزفر
عدمه وقال ابو يوسف يحكم النقد لانه ما اوقعه مطلقا يختار الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون
موقوفا فمن اي المالين نقد تعين به احد المحتملين ولهما ما مر وجه تصادقهما على انه كان نوى للامر ونسب
قوله وفيما قلنا يعني على تقدير النقد حملا حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان
غاصبا في حالة التكاذب واذا علمت هذا الوجه تعلم ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا
اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم
الوكيل كان له وان نواه للموكل لا يعتبر بالنقد وخلافا فيما اذا تصادقا على انه لم يحضر النية وقت
الشراء انه يقع للوكيل او يحكم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع وهو مطلق لا تفصيل فيه
فكان محل كلام القدوري او يشتريه بمال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال المص وهو المراد عند
بقي الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كانت ينبغي ان لا تفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب
عن ذلك بان لا نقول ان الشراء بتلك الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سبق من
انها تتعين الوكالات لانه قبل الشراء به يبطل الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها
من موجبات الوكالة قوله والتوكيل بالاسلام على هذا الوجه انما خصه بالذكر مع استفادته حكمه من
التوكيل بالشراء تنبيها لقول بعض مشايخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم يحضر النية
فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام
وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف بان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان
المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جعل منزلة العقدين ينتسبان بالنقد وليس الشراء كذلك فكان العقد للعاقد

عملا بقضية الاصل قال ـــــ ومن امر رجلا يشترى عبدا بالف ومن امر رجلا يشترى عبدا بالف فقال
قد فعلت واكذب الموكل فاما ان يكون الموكل بشراء عبد معين او غيره والاول يجيء والثاني اما ان
يكون العبد متنا عند الاختلاف او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان
متنا والثمن غير منقود فالقول للآمر لان المأمور اخبر عما لا يملك استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الآمر
فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على الاستيناف لان العبد ميت وهو ليس بمحل العقد
فان قال الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله لانه لا يملك
استيناف معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف وقوله وهو راجع الى ما في عما وان كان الثمن منقودا
فالقول قول المأمور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا
وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند الحدرس ومحمد
لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل قابلا فلا ينقطع في الاخبار عنه فان قيل ان وقع الشراء للوكيل
كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان يملك استيناف الشراء دائما مع التصور ويمكن ان يفسخ
الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه
لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين
فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ايضا لخروجه عن عهدة الامانة ولا يمين ههنا يعني فيما عن فيه حتى يكون الوكيل
امينا فيقبل قوله تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان الوكيل يشتري عبدا بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول
للمأمور سواء كان الثمن منقودا او لا بالاجماع اما عندهما فلانه اخبر عما يملك فيه حتى يكون الوكيل
شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر ان شراءه وكل به بمثل ذلك الثمن عن نفسه
وهو لا يملك حال غيبته بمثله في حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري لنفسه وما اذا كان العبد
غير معين وان فيه التهمة المذكورة فجانبت الى حسمه وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للآمر
لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك
استيناف وبريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله قال ـــــ ومن قال لآخر
يعني هذا العبد لفلان رجل لآخر هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه قبل الطلب منه فللآمر
ان يأمره بذلك فان لفلان ولا يأخذه لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة
عنه والاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس
بصريح الوكالة يحتمل ان يكون للشفاعة لما اجنبي طلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها
لك اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لانصرافه اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في
الشفعة وليس القرينة بموجودة فيما نحن فيه وان قال فللآمر لم اقر انك تم بدا له ان يأخذه لم يكن له ان
يأخذ لان الاقرار ارتد بالرد الا ان يسلم المشتري له اي الا ان يسلم المشتري له العبد المشتري لاجله
اليه ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فللآمر العبد المشتري لاجله وفاعل يسلم ضمير يعود الى المشتري بناء

الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت وقول الناطفي
عن الاصل ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير
غيرها لم تقع الدنانير للموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن للدنانير للموكل والمسئلتان تدلان على ان
النقود في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكور في الكتاب لا يقبل بين ما قبل القبض وما بعده
وفي الاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المنقول في الكتب فان قيل النهاية هذا على قول
بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم اليه فلا يتعين في الوكالات ايضا بالاجماع لانه
ذكر في الذخيرة وقال محمد في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم
فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالدراهم لزم الموكل ثم قال والاصل
ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى
الشراء فيعتبر نفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء قبل التسليم لكذا فيما هو وسيلة الى
الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم على
انها لا تتعين ثم قال وقائل النقود والتسليم على قول العامة توقفت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة
وهذا قول منهم بالتعيين بالتعيين لان المراد به هو التوقف ببقائها وقطع الرجوع على الموكل فيما وجب
للوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المص نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة بقول بعض المشايخ في الدين
حتى لو بعد ابي حنيفة بمائتي سنة والجواب ان المص يعرض بان ذلك قول بعض المشايخ في قلة
اعتماده في ذلك كان على ما نقل عن محمد على ما نقل عنه الزيادات من التقييد بعدم التسليم قال صاحب
النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به فتدل من كلام الذخيرة وفتاوى قاضي
خان مسئلة تدل على ذلك ونقل بانه مخالف لما ذكر وفي شرح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا
لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة بلا قيد للمص بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة
لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها
باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما قوله واذا تعينت هو تتمة الدليل
وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت لان هذا غلبة الدين من غير مخالبه الدين من غير ان
ان يوكله بالقبض وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان
كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين له على عمرو فانه لا يجوز لذلك
او يكون امرا بصرف ان يدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها
فكان ما ادى المديون الى البائع او الطالب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض
والامر بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قال اعط مالي عليك من غيبت فانه باطل لانه
بصرف ما لا يملكه الامر الا بالقبض الى من يختاره للمديون بنفسه قوله بخلاف ما اذا اعتبر البائع
يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لان للامر انه يجبر البائع

اولا

اولا وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتملك من غير رضى عليه ولا امرا بصرف فان قال يقبض
واعترض بانه لو اشترى ملك بدين على آخر ينبغي ان يجوز توكيلا بالقبض اولا لكونه مستبدا واجيب بان
عدم الجواز هنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير وقوله وبخلاف جواب عن قياسها على
الامر بالصرف ولم يذكره في الكتاب وقدمناه في سياق دليلها وذلك ظاهر وقوله واذا لم يصح
التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يصح بايعه
غير صحيح نفذ الثمن الشراء على المامور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبض الامر عنه
انعقد بينهما بيع بالمعاطاة فان هلك عنده كان من ماله فان قيل ومن دفع الى آخر
الف رجلا دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الامر اشتريتها بخمسمائة وقال
المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى
الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول المنكر فان كانت الجارية
تساوي خمسمائة فالقول للامر لان التوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي بخمسمائة والامر
يتنازعان ما يساوي الفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للامر ايضا اذا كانت
قيمتها خمسمائة فالمخالفة الى شر وان كانت قيمتها الفا فمعنى قوله فالقول للامر بخلاف الفان ويندفع
به ما قيل في شرح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان تلزم الامر سواء
قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للامر وان اشتراها
باقل كان مخالفا الى خير فذلك يلزم الامر وهذا لانها في هذا اي في هذا الفصل تنزل منزلة
البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا
فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المامور وبقي ان التوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت
الجهالة والامانة واذا لم يقبض اعتبرت المخالفة والمبادلة فما الحكمة في ذلك والجواب ان
في الاول سقطت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني قال
ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امر بشراء عبد معين ولم يسم ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف
في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه فلا تحالف هنا وهو قول ابي جعفر الهندواني
لان تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشاءه لزم الامر فكذا
ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمة غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان
كما ذكرنا فان قيل المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد
ذكر يعني محمدا رحمه الله تعظيم يمين التحالف وهو يمين البائع لان البائع وهو الوكيل مدع ولا
يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري فهو المنكر فيكون على المنكر اليمين فلما كان يمين
الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى قوله والبائع
بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي

للمبادلة

عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا بقي الخلاف والتحالف قال المص
وهذا قول الامام ابي منصور وهو المعتمد قال في الكافي وهو الصحيح والله اعلم

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه
من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شرعا صورة فناسب ان
يذكر في فصل على حدة والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من
مولاه وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي
الثاني وكيل وكلام المص يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل
او المفعول فاكد احدهما من وجه مثلا ان يقال في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجلا قال
واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد رجلا ان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم وافرها اليه
فلا يخلو اما ان يقال الرجل للمولى اشتريه لنفسه او لم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك
فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف
على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول عنه للعتق ببدل والمامور
سفير حيث اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما
ان الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا اعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري
لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها ما امكن وقد امكن اذا لم يعين فيحافظ
اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل في الحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس
للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي خلافه في شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت بتمر
فتنتهي المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الفا اخرى
ثمنا للعبد فانه اذا اشترى تثبت الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يقع قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع
الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الفا اخرى قال الامام
فاخر خان في الجامع الصغير وفيما اذا بقي الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الفا اخرى
لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاداء للمولى فلا يقع بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المص
ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبولا للاعتاق ببدل فلو لم يجب على العبد الفا اخرى كان اعتاقا بلا بدل
وهذا بخلاف التوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبيا اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث
لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء للموكل لان العقدين
يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة وفي الحالين اي في حال الاضافة الى نفسه
والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما
اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى
الاعتاق لانه يعقب الولاء وموجب الجناية عليه حينئذ وبما يتهرب به والآخر معاوضة محضة

والمطالبة

والمطالبة على الوكيل والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المص عسى بكاد فاستعمل استعماله وقوله
والمطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل
وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وكذا ذكر في وكالة
الجامع الكبير ووجهه ان موكله بشراء العبد كتوكله بشراء غيره وهناك يصير هو المطالبة بتسليم البدل فكذا ههنا ووجه
الاول وهو الصحيح ان التوكيل من جانب العبد في عتقه سفير فانه كاستغنى عن اضافة العقد الى الامر وليس له شيء من قبض المعقود
عليه فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل قال ومن قال العبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة ومن وكل عبدا بشراء نفسه
من مولاه فلا يخلو اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله بان قال بعني نفسي فلان
كذا ففعل المولى ذلك فالعقد والعبد للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن حالته لانها للمولاه حتى
لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة كالطرد والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من اموال
المولى او كتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان حالته يعني هو اجنبي عن حالته الا انها بيده حتى لو اراد المولى ان يحبسه حبسا لاستيفاء
الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه
فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت
للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون حالة العبد في يده امر حتى لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض
الموكل امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان حالة العبد امر اعتباري في كونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي
لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حتى اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار
وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما حالة العبد لا ينفك عن نفسه فاذا اخرج نفسه عن ملك
البائع وحالته لا ينفك سلم اليه ولا حبس بعد التسليم قوله فاذا اضافه الى الامر نتيجة الدليل وتقديره
العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد
الى الامر صح فصار امثالا فالعقد اذا اضافه الى الامر صح فصار امثالا فيقع له فيما علم حر توكل بشيء وفعله وقوله
ففعل فهو للامر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو نجا لما ذكر في الجامع فان اضافة العقد الى
الموكل انما يفيده الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من
فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اشترى نفسه
كما يأتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي
فان قلت اذا اضاف الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه ثبت في ذمة العبد لكونه العاقد فان قلت فيكون
محجورا عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة يستدعي
تصور صحة المباشرة وهو اذن وان اضاف الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه
اعتاق لما تقدم وقد رضي به المولى دون المعاوضة فان قبل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز
له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله لكنه اي بمعنى تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه
كما تقدم وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره

فلا يحمل الامثال بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عن باشره وعورض بان
اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة و
اجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي اضافة العقد
الى نفسه فان حقيقة بالنسبة اليه غير مقصودة ورضا المولى بذلك وايه اشار بقوله و
قد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين
صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من
حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ

لما فرغ من احكام الشرا
بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما وكل بالبيع والشراء او بهما لا يجوز له ان يقيد مع ابيه وجده
وما ذكر لتقدم الشراء ثمة فهو وجه تاخير البيع قال التوكيل بالبيع والشرا لا يجوز ان يعقد
مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع والشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع
من لا يقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد لعموم المشية عند ابي حنيفة
بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة ا
الكتاب تدل على البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في
الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة ولا بد
من تقدير الاقوال قبل الدلايل فنقول عقد الوكيل والشرا مع من لا يقبل شهادته
له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشرا فهو جايز بالاتفاق
وعكسه غير جايز كذلك وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي و
على ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما وبمثل القيمة عندهما جايز باتفاق الروايات غير جايز عند ابي ح
في رواية الوكالة والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جايز اذا عرف هذا
فالدليل على المذكور في الكتاب في جانبهما قوله لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون اخر
والمطلق يعمل باطلاقه وكان المقتضي موجودا والمنافي منتف لان المانع التهمة و
لا تهمة ههنا لانها اما ان يكون من حيث اسار الغير او المالية وليس شيء منهما
بموجود اما الاول فلان الاملاك متباينة حيث يحل للابن وطي جارية نفسه ولو لم يكن
ملكه متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطيها ولا يحل له وطي جارية ابيه
والمانع منقطعة فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير
بمثل القيمة ينفيه واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي
وانما لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد
لمولاه والبيع من نفسه غير جايز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستردا مستنقصا قابضا
مسلما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه محل

محل واحد لا حالة واحدة وكذا للمولى من مكاتبه حتى لا يبيع بتدعاته ولا نزوج عبده فيغلب
حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة القول بالموجب يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن موضع التهمة
مستثناة من الوكالات لانها شرعت للاعانة فلا تثبت موضع اماتة وعدم جوازه ههنا بدليل عدم
قبول الزيادة لان النافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فلان فيه تهمة ايثار العبد في قبول
ما الفرق لابي حنيفة لا يجوز بيع المضارب من هؤلاء على ما بينه لظهر الربح او لم يظهر وجوابه له قبل ظهوره
حاكم التوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يتقيد بالتصرف على وجه لا يملك رب
المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز ان يكون يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا لجهة استبداده
والاجارة والصرف على هذا الخلاف وانما خصها بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف
مشروط بشروط معتبرة عنها غيره فكانا مما يدعي عدم جوازهما مع هؤلاء فبين ان الحكم فيهما كهو في سواهما
كذا قيل قال الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز ان
يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود لان مطلق الامر
ينقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فينقيد بما فيها والمتعارف البيع بثمن المثل
وبالنقود ولهذا ينقيد التوكيل بشراء اللحم بايام البرد وبالجمد بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة
البرد شبيه للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر او قبلها كما ذلك من تلك السنة
حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر لان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من
وجه ولهذا لو حصل من المديون كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقابضة بيع من وجه
وشراء من وجه لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك ومن حيث انه فيه تحصيل السلعة في الملك
شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة القول بالموجب اي سلمنا ان
التوكيل بالبيع مطلقا لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناوله كما يطلق عليه البيع وقوله والبيع
بالغبن تنزل في الجواب يعني سلمنا ان المطلق ينقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او لغيرها وعند التبذير من العين وعند ذلك
لا يبالي بقلة الثمن وكثرته فكان الغرض مشتركا لا يصلح دليلا لاحد الخصمين بل المتنازع فيه
يكون داخلا تحت ما يدعيه الخصم فيندفع نزاعه او نظهر مكابرته والمسائل المذكورة مروية عن
ابي يوسف على ذلك الوجه فيه واما عند ابي حنيفة فهي على الخلاف فالبيع بالغبن او العين بيع
من كل وجه حتى من حلف لا يبيع يحنث بالبيع بالغبن او العين فلما جاز هذا بيعا مطلقا في
اليمين جاز في الوكالة كذلك واعترض بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع
اذ ذلك النوع الاخير انه لو حلف لا يأكل لحما فاكل لحما فديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى
الوكيل لحما فديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على اللحم يتباع في
الاسواق والفديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فلم يتناوله العرف وقد اختلف في حكمها فاختلف

الجواب لذلك واما البيع بالمعنى فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا
فيقال بيع رابح وبيع خاسر فان قيل لو كان ذلك بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي اجاب
بقوله غير ان الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وما نحن فيه مامورين
سلمنا ذلك لكن ليس امرا مطلقا بل مقيد بشرط النظر فيه ولا نظر فيه ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه
وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود كل واحد منهما وهو مبادلة المال
بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع فكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع
من كل وجه وشراء من كل وجه ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا الى تحصيل
ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوصلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة فانه
في البيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين يتعين كل منهما بالاطلاق لفظ
يخصه عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء فيسقط ما قيل اذا كان
بيعا من كل وجه فما ذا رجح ابو حنيفة جانب البيع وما قيل اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل
به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز المقايضة
الا اذا كان مقابله من العرض مثل الثمن او اقل منه يسيرا كما روى الحسن عن ابي حنيفة وذلك لان
الموكل اطلق له في توكيله البيع فيعتبر فيه ذلك ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع باغبن وهان ولا يلزم
الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله
فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة بحمد المنتصر لنلفيقه ان شاء الله تعالى
قال ـــــ والوكيل بالشراء يجوز عنده الوكيل بالشراء يجوز له ان يشتري بمثل القيمة
والغبن اليسير وزن الفاحش على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه فالوا يتقيد على الامر لانتفاء
التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قال يتجاوز فيه الغبن
اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتجاوز فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امراة
باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف
الوكيل بالشراء لانه يبطل العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول للمالك ثم يبقى الغبن اليسير والفاحش
فقال والذي لا يتغابن فيما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال
شيخ الاسلام هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما له ذلك كالحنطة
واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة لما قلنا مثلا لان هذا مما
لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى فقه عمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا
يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الخامس وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام في العروض دهة نيم
وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان
يسيرا لزم الامر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة

لان التهمة فيه مختلفة فلذا اشترط له النفي فاذا لم يوافقه او قد وجد فاسد الفقه بعيده صح

المحابة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في النعم الاول كثير
وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد سرقته فجعلنا اصلا والدراهم
ما يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المكاسة فلم يعتبر بما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصف فكان يسيرا
وضعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف
ضعفه قال ـــــ واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز
عند ابي حنيفة ـــــ التعليق مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على الحالة كالتوضيح بقوله الا ترى انه لو باع
الكل يتم النصف جاز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف
وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبلان يجتمعان ـــــ بيع النصف
قد يقع وسيلة الى الامتناع بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول
يتبين انه وقع وسيلة وان لم يبع لم يتبين انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وكما بشراء عبد
فاشترى نصفه قال ـــــ موقوف بالاتفاق لما ذكرنا من الدليل اتفاق في التوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة ان الزيادة
والشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الى آخره وفرق آخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه
فيصح فيتعين فيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله او نصفه واما الامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلا يصح فلا
يتعين فيه التقييد والاطلاق اما الاطلاق الامر وتقييد فيتعين فيه العرف والعرف فيمن يشتري العبد جملة ولقائل
ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء وقد قال الامر بالشراء
صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح لحديث حكيم بن حزام
فان النبي عم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه مسلكه
وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلائل بقدر الامكان ولو علمنا بالمخالفة فان ذلك ابطال للقياس والعرف
من كل وجه والاعمال ولو بوجه اولى قال ـــــ ومن امر رجلا ببيع عبد ومن امر رجلا ان يبيع عبد
فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرد المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء او بغير قضاء فان كان
الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله او لم يكن فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا
والقاضي عاين البيع او لم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول او اقرار لان القاضي يتيقن
بحدوث العيب عند البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج الى اقامة البينة وان لم يكن فلا
بد من الاقرار لا القضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج الى اثبات الظهور وقد لا يكون العيب ظاهرا
كالقرن في البقر والمرض الذي يحتاج الى الشهادة او الاجماع في تتبع الخصومة والقاضي لا يثبت بقول الشهادة
والجيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى نقل وخصومة
لان الرد بالقضاء فسخ لعدم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان
بحدوث عيب فان كان بينة او باباء يمين فكذلك لان البينة حجة ملزمة كاملة فينفذ والوكيل
او النكول مقر لجحد العيب عن يمين لاعتبار عدم ممارسة البيع امكنه الانكار حتى يعرض عليه

فيلزم الامر وان كان بغير قضاء بالرد لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو حجة عليه لانه

اليمين وقبض بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل قبله بينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ
لعموم ولاية القاضي غير ان يجعل الاقرار قاصرا من حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور
لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا
حاجة حينئذ الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث مثله
او لا فان كان الاول فان رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم آمره وعبر عنه بالبايع لان
المبيع لما انتقل الى الوكيل وتعذر عليه بامر قد حصل من جهته فانه باعه اياه لانه بيع جديد وحق
ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء البايع اي الموكل ثانيهما وان كان الثاني والرد باقراره
لزم الموكل بغير خصومة لرواية بيوع الاصل لان الرد متعين في ذلك لانه فعل عيبي ما يفعله
القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة
على ذلك فكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للمامور ان يخاصمه
لما ذكرنا انه بيع جديد في حق ثالث وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم
ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تاثيرهما الذي عدم
القضاء فا ——— ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد اذا اختلف الآمر والمامور
في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فعند بنسيئة وقال المامور بل امرتني
ببيعه ولم تقل حالا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد الامر من جهته
اعلم بما قاله فكان هو المعبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس ذلك عوجوه لان عقد الوكالة
مبناه على التنفيذ حيث لا يثبت بدون التنفيذ فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا
ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او بما لي لا يملك الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من
الاطلاق ولو اختلفا المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البز
وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا
من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف
بذكر لفظة المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع و
المضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فتنزل الى الوكالة
المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان
متعارف عند التجار لتلك السلعة وغير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة وعندهما
يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير
والعرض عنده خلافا لهما ولو امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا
فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيد للراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل
لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان يأخذ الكفيل

كفيلا

كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا وان لم يكن عليه ضمان
لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق والارتهان وتبعه لجانب الاستيفاء ولو
استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او
كفيلا فانه لا يجوز لانه يفعل نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين
دون الكفالة والرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا لا يملك الموكل حجره عن القبض

فصل

وجه تاخير وكالة الاجنبي عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا واذا
وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد
منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد على الكتاب ليس لاحدهما
ان يتصرف بما وكلا به دون الآخر سواء كانا ممن يلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد بخلاف ما ان كان
التصرف بما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلت كما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل
رضي برأيهما لا برأي احدهما ولو مات احدهما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف قوله والبدل وان كان
مقدرا جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعده فيجوز ان ينفرد احدهما وجه
ذلك ان البدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استحقاق الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل
ان يزيد الثمن ويحتاج الى من مواضع اداء الثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله
فليس لاحدهما ان يتصرف بما وكلا به دون الآخر يعني ان احدهما الوكيلين لا يتصرف بانفراده فيما يحتاج
فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تحكيمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها منعقد للقضاء الى السلف
في مجلس القضاء وقوله والرأي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون
صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك ان المخاصمة ومواضعها الرأي
يحصل بتقديم الخصومة سابقا عليها فيكتفى بذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى
فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما والآخر ان يطلق فهو جائز وكذا اذا وكله ببراءة
الغريم او بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو بمعنى محض وعبارة المتن والقاضي
فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض
وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ الثاني انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك
فيضمن الكل لانه مأمور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مأمور بقبض شيء منه فلذلك
وهذا لا يرد جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقا ان شئتما او قال امرها بيدكما لانه تفويض
الى رأيهما الا ترى انه يملك مقتصرا على المجلس كالمتن واذا كان يملكها صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما
على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بان في ايقاع حق الآخر فان قيل
الايقاع ضمني فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك لا بطلاق مع قدرتهما على الاجتماع قوله لانه متعلق بقوله طلقا
ان شئتما فان الطلاق منه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان

بدخولهما احدهما لا يقع الخلاف فكذا ههنا فان قيل فرق قوله طلقتها ايضا معلق بفعلها ويقع بايقاع
احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه ما يدل على ذلك بخلاف ما نحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما
فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا الى رايهما اجيب بانه ليس محتاجا الى الراي بخلاف الامر بايديكما
قال ــــ وليس للوكيلين ان يوكلا فيما وكلا به ولا وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف
بما وكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الآراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت
الآراء مدرك لا يبقى والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رايا من الاول وايضا الرضى
براي الوكيل وتوكيله تناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رايا او قدرته في راي الاول لما وكله فتوكيله
مع الرضا برايه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة للقوة في الراي لما يكن عبث ظن الموكل وحيث
اختار للتوكيل من يرى من يعرفه بالراي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان
لا احد من يعرفه في هذا التصرف فيفوض اليه حينئذ مناقض لظنه فلا يجوز قوله الا ان يأذن استثناء من قوله
وليس للوكيلين ان يوكلا فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برايك فقد رضي براي غيره او الحق التفويض الى رايه
وفي ذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فيجوز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون
وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الاول وقد مر نظيره في الوصي
حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ما ذكره فان وكل الوكيل
بغير اذن موكله فتوكيله بحضرته جائز لان المفوض حضور الراي وقد حصل فيما احد الوكيلين بالبيع اذا
باع بغير اذن صاحبه يكتفى بحضوره بل لا يتبين الاجازة صريحا كما ذكر في الذخيرة في الفرق بينهما واجيب بان
صاحب الذخيرة قال لا يجوز في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط الجواز اجازة
الوكيل الاول وهكذا ذكر الوكالة الاصلية موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اجازته قال ــــ اذا باع
الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز حكى عن الكرخي انه كان يقول لو في المسئلة روايتان
وذكر ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمولا على ما اذا اجاز فكان محمول المطلق على المقيد
الى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يقع لعدم الاذن به صار كالعدم وعاد
الوكيل الاول فيفعلها وعنده محتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل المسئلتين روايتين ووجه عدم
الجواز بدونها ما ذكر ووجه الجواز ان المفوض حضور الراي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة
بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب
فاجاز الوكيل ويسرك لك فعلك اشتراط الاجازة للظاهر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب
فقط واما في ضليلهم فلانه معارض بان المفوض هو الراي وقد حضر كما ذكرناه وتوجيه كونه فضوليا
في احد وكيلي البيع ليس كذلك كوكيل الوكيل لانه مأمور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل وتعدد الصور
ان الاجازة ليست بشرط لصحة العقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين
والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة

اما

واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غضبا منه على استبداد بالتصرف
من غير اذن من صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم قوله وتكلموا في حقه يعني اذا باع بحضرة
الاول حتى جاز فالعهدة على من تكلم لم يذكر محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ في ذلك فمنهم من قال
على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة عليه لا الثاني ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو
العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني
بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لقوله رايه الا ان يبلغه فيجيز
كما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجاز لحضور رايه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان
الراي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المص
وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باع ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه
وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكلا وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه
لما فوض الرأي مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله
ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول
لان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن فلذلك لا يجوز المقصود من البياعات الاسترباح والعادة
جرت في الوكالات ان يوكلا الاهدى في تحصيل الارباح وفي ذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح للزيادة
الربح وقد حصل بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في بيع العبد قال ــــ
واذا زوج المكاتب او العبد الذمي ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة
حرة او باع او اشترى لها بعين تصرف لاموالها بالبيع او بالشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التأويل لان
قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وفي ذلك جائز لا محالة لان التصرفات
المذكورة من باب الولاية والولاية مع الكفر والرق اما الرق فلانه لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك
انكاح غيره وهو مجبور عن التصرف المالي لا يتوكل من غيره وليس بمرجع واما الكافر فلانه لا ولاية له على المسلم
لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا ولاية نظرية
وهي يحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقلع الشفقة على المسلم
فلا يفوض اليهما قال ــــ ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا مات على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد
من الذمي ان كان مستأمنا لان الذمي صار متأدبا وان لم يصر متأدبا فقد تحقق منه ما هو خلف
عن الاسلام دون الحربي فاذا ثبت ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه لماله وان كان
نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده وماله ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظرية وفي ذلك
اي الولاية النظرية بتأويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة متباينة لكونهما
معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لانه مجبور على الرجوع الى الموقف فان قتل او استرقت جهة الانقطاع
فتبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فصحت واما كان ابو يوسف ومحمد نكحا اصلا في فقه

بقرضه لم تدخل فعلها بالذكر بعده قال ابو يوسف ومحمد وان كانت المسئلة بالاتفاق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو لازم عنده في تلك بمطالبة المبيع او الثمن او لانها مجحود شرعا فسخت التاخير عما لهذا فيجوز قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين او العين خلافا لزفر هو يقول رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لان الخصومة قد يستعمل في اظهار الحق والقبض فلا حتى ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات يعارض من موت القاضي او عزله والمخلل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب و مشايخ بلخ افتوا بقول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وتظهر هذا التوكيل الموكيل بالتقاضي فانه يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف خلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهما اولى منه عند ابي حنيفة ومحمد الا ان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر انه يفضي الى التشغيب في مجلس القضاء وهو مذهب لمهابته قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فاذا اقتضى القبض واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض فلا يكون وكيلا بها ولهما ان الوكيل بالقبض مقر على الموكل وليس كالمودع يقر على المالك بهلاك الوديعة لانه لا يملك الحفظ وما تلف فلم يكن الرد به رفعا لها ولابي حنيفة انه وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لمعنى حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون العباد الا بسببه الا ان التوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل بقبض مثل مال الموكل لا يعين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والتوكيل بالتملك اصل لا حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا اقامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام المرهوب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد وبينة

بان وكلا احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الوكيل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البايع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شراء الجامع الصغير وهذه ارسنة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل هنا يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه من تمايز وكيل الى جسمه وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هنالك لكونه بقبض عين حق الموكل من كل وجه فيشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانه اقامت لا على خصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الآمر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في تعريف فيقيم حتى لو حضر الغائب فاعاد البينة وصار كما اذا اقاموها على انه عزله عن ذلك فتقبل في قصر يد كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل بنقل المراة الى زوجها فقبلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية فقبضها باقامة المراة البينة على ان زوجها طلقها والامة والعبد على العتاق او من هما بيده على الانهاء من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على خصم وفي الاستحسان تقبل وفي قصر يد الوكيل وهذا القضاء بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتق والرهن ومن حقوق ذلك قصر يد الوكيل والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم في قصر يده وليس من حقوق القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره قال واذا اقام الوكيل بالخصومة على موكله سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد الا انه اذا اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف جاز اقراره في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لا يجوز في الوجهين جميعا والقياس اما استحسنوا الجواز هاهنا وهو مذهب ابي يوسف ولنا استحسنوا العدم هاهنا وهو مذهبهم والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان وجه القياس ان التوكيل بالخصومة مأمور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار يسد عنها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يكون امرا بضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جانب الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن او لا يسلم المبيع وفيه نظر لانه لو لم يكن ولما صح الاستثناء قوله وكذا الوكيل بالحوالة مطلقا يتقيد بجحد الحوالة موضوعه قال في النهاية هي مسئلة مبتداة خلافية لم يذكرها على وجه الاستشهاد يعني لو وكل بالحوالة مطلقا وتوابعها على هذا الخلاف كذا في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح فلما كان كذلك وجد وصحته بتناوله ما يملك الموكل فلما جاز التوكيل بجحد المملوك كعرض لا غير ملكه

وهو غير صحيح وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر لتذكر ما تقدم فيه فلذلك اي ما علقه الموكل
مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب
عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق مجازا على ما سيأتي تحريره للصحة قطعا
قوله ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهد نعم ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول الي يكن
لانه لا يملك الاستثناء لان موكله يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر آنفا ولئن سلمنا
صحته كما قال محمد لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء والتنصيص زيادة دلالة على عكسه اياه وبيان
ذلك ما قلنا انه للجدل الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا انصرف الى استثناء الاقرار دل
على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين الانكار وعند الاطلاق يحمل
على الاولى لعلم المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد انه قصد بابي وكيل الطالب ووكيل المطلوب والمصحح
في المطلوب لكونه مجبورا عليه فان في النهاية اي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه
بالبينة او يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان
الوكيل عند نتيجة اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة للجزئي والايمان فلا يفيد استثناء
الاقرار فائدة ولنا ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه
الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب
مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا عليه والجدل فلم يكن استثناؤه مفيدا
فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا ولم يذكر المص الجواب عن ضرورة
الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست سبب داع
الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان اقتضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن
اشد من اقتضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز
الاستعارة والاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب
اما بالاقرار او بالصلح والصلح عقد اخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناوله
اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا قوله فبعد ذلك شروع في بيان ما اختلف
الواقع بين العلماء الثلثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز
اقرار الوكيل بالخصومة على موكله يقول ابو يوسف التسوية بين مجلس القاضي وغيره لان الوكيل قائم مقام
الموكل واقرار الموكل لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نائبه وبما يعلل لان التوكيل بالخصومة
تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مر انه انصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب
مجاز عام يتناول بعموم الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا
في مجلس القضاء فاما في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهذا ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة
مجازا من حيث انه جواب والجواب في غير مجلس القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله

وهو مبطل

الجواب

الجواب الموكل به اما انه خصومة مجازا فلانه خرج لمقابلة الخصومة فكان مجوز التضاد وهو مجاز لغوي
لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا لكان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهي مجوز
شرعي نظير الانصار الصورة في اللغوي كما عرف واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر اتيانه بالمستحق
هو الجواب في مجلس القضاء فينصرف به ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان
اولى في تادية المقصود قوله لكن استدراك من قوله فينصرف به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار
في غير مجلس القاضي ليس بجواب كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه
اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة حتى لا يدفع المال اليه لانه صار منافقا وصار كالاب او الوصي اذا اقر
في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال
فاقرارهما لا يصح ولا يدفع اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قال
المدعى عليه فكذلك هنا قال ومن كفل عن رجل بمال ومن كفل عن رجل بنفس
صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها اما بعد البراءة فلانها
لما لم تصح حال التوكيل لما بينا لم تنقلب صحيحة كمن كفل للغائب فاجازها بعدما بلغته فانه لا يجوز لانها
لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل صار بمعنى الغير وهذا ظاهر
والكفيل ليس من يعمل لغيره لكونه عاملا لنفسه في ابراء ذمته كالحر اذا وكل المحيل بقبض الدين من
المحال عليه فانه يصير وكيلا لما قلنا وينتقض بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح
وان كان عاملا في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستندا الى ما ذكره شيخ الاسلام
ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكره في الجامع سلمناه لكن الابراء غلبت
بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بان العمل لنفسه ممنوع لكون الموكل اصلا في اثبات الوكالة
والضمانات فلا اعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل بفسخها الوكالة
لم يبانا عليها كما لو تاخرت الكفالة عنها فانها تنفسخها قال المجيب في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا
قبض المال الموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة فالجواب ان الشيخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ
او مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة حقا لازم لا يمكن الكفيل من نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان
يكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه قوله ولان فيه اقول دليلا اخر وتقريره ان الوكالة تستلزم
فيه قوله لكونه امينا ولو صححنا الوكالة هنا انتفى اللازم وهو قبوله وهو قبوله لكونه امينا وانتفاء
اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فيلزم عدم حال فرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم وتظهر بطلان
الوكالة بما عنت فيه بطلانها في عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء فيه وطالب العبد بجميع الدين
فلو وكل الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وهنا لما كان
المولى ضامنا للغرماء كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرأ نفسه فيكون باطلا فان
ومن ادعى انه وكيل الغائب لا يقبض دينه ومن ادعى انه وكيل فلان الغائب لا يقبض دينه فصدقه

الغريم أمر بتسليم الدين اليه لانه اقر على نفسه لان ما يقبضه الغريم خالصة لان الدين يقضى بامثالها
فما اداه للدين مثل ما ربت المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بمعنى
امر بتسليمه الى المقر له ان حضر الغائب فصدقه فيها والا دفع الغريم اليه ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت
الاستيفاء لان القول له في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين
باداءه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فسد الاداء و
واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لانه عزله ضمنا من الدفع براءة
ذمته ولم يعلم فله ان ينقض وان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محق في القبض و
المحق في القبض لا يرجع عليه ولانه بتصديقه اعترف انه مظلوم لاخذه الاخذ مني الاخذ الثاني والمظلوم
لا يظلم غيره فان فسد هذا الوجه ينبغي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان
العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يعلم غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن
نقضه فلم يرجع عليه قوله الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا
كان ضمن للمديون الوكيل على رواية التصديق بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ
الطالب مني ماله ارجع عليك بما دفعت اليك او ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن لك ان اخذ الطالب
منك ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل حينئذ لان الماخوذ ثانيا مضمون
عارب الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب في حقهما فيما يقبضه ثانيا فلانه قال انا ضامن لك
ما يقبضه منك فلان وهو خاص فكان صحيحا لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض دين الدين بمنزلة
الكفالة بما ذلب عليه اي يذهب لكونه كلا واحدهما كفالة اضيفت الى حال وجوبه والمستحق على المكفول عنه
ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة بعني ولم يكذبه ايضا لان وقوع التكذيب سببا في غيبة هذا دافعه
اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الوكيل على الغريم لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع
اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز
الرجوع في صورة التكذيب المذكورة الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التفهيم والسكوت لانه اذا
كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله
وانما دفع اليه على رجاء الاجازة كذا قيل الرجوع لا دليل الكفالة وفي الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه
مع التصديق من غير تفهيم دافعه بالتصديق مع التفهيم دافعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب دافعه مع التكذيب
ليس للغريم ان يسند المدفوع حتى يحضر الغائب لان الملاقاة صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق
او محتملا وهو في حالة التكذيب وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستورا
الحال فصار كما اذا دفعه لا على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لا ظهار الاجازة ولا يمكن من باستر
تحرفا للغريم ليس له ان ينقض ما لم يقع الياس عن حصول غرضه لان سوء الانسان في نقض ما تم جهته مردود
وقد تقدم ولم يذكر المصنف ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يستحلف او لا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة

وعلى

وعلى قولهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف لكن على العلم لانه على فعل الغير وله
ان الاستحلاف يبتنى على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الامر بقي دعواه فلا يستحلف وكذا لم ينكر
ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عند خلافهما بناء على ان الوكيل بقبض
الدين عند بملك المخصومة وقد ثبت الوكالة في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بحق الغير بعد القبض فانه اقرار ببقاء الوديعة على ملك المودع والاقرار
بحق الغير بعد القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر لان الدين يقتضي امثالها فكان اقرارا على نفسه
بحق للطالب والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل
للمودع الرجوع او لا فنقول على الوجوه المذكورة ان دفعها اليه مصدقا لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت
او كذبه فدفعها اليه يرجع ان لم تكن العين في يده باقية وان كانت باقية اخذها لانه ملكها بالضمان
واما الاسترداد قبل حضور الغائب فغير جائز لما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له و
وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ان كان مال الوديعة لا يبقى مال المودع بعد موته
وروى صاحب النهاية عن خلف شيخه رحمهما الله نصب ماله ووجهه بكونه حالا لكان كلمة ما الى في ايضا فيها
ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين والذي
انه ضعيف لان الحال مقيدة للعامل وكلمة يجوز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمة في حال المشافهة واما
قوله لا يبقى مال الوديعة حال كونه مالا مملوكا منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر والظاهر في اعرابه الدفع على انه
فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث فقد اتفقا على انتقال الوارث فلا بد من
الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وقد صدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان المودع ما دام
حيا كان اقرار المودع اقرارا بملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق في دعوى البيع عليه والقياس ان
يقال قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث وكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه
بانه ذكرهما هناك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهناك
بقوله ومن اقر وهو هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة
قال فان قال وكيلا بقبض دينه ذكره الجامع الصغير بخلاف بيعه عن ابي حنيفة الرجل له على
الرجل مال فوكله وكيلا بذلك المال واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال
له ادفع المال ثم اتبع رب الدين فاستحلفه قال المصنف الوكالة قد ثبت يعني بالبينة لان وضع المسئلة
كذلك والاستيفاء لم يثبت بحجة دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف رب المال الدين ثم يتبع الغريم رب الدين
فيستحلفه رعاية لجانبه فان حلف معنى الاداء وان نكل يتبع الغائب فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل
لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان وقال زفر رحمه الله احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على
حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فيمكن ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على
الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلف ان لا علم له استيفاء

مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة قال وان وكله ببيع او
جارية افاد وكلته جارية بعيب فادعى البايع رضى المشترى بالعيب لم ترد عليه حتى يحلف المشترى خلاف ما مر
من مسئلة الدين لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما نقد الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكول الموكل واما ههنا
فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة عند ابى حنيفة لان القضاء في
العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطاء بالنكول وعلى هذا لا يحلف المشترى عنده بعد ذلك
لانه لما مضى الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا رد ما على البايع بالعيب
ثم حضر المشترى وادعى الرضا بالعيب واسترد الجارية وقال البايع لا سبيل لك عليها لان القاضى نقض البيع
فانه لا يلتفت الى قول البايع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشترى واجيب بان الرد مذهب
محمد واما على قول ابى حنيفة فلا سبيل للآمر على الجارية سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجد دليله وانما
كان الجهل بالدليل المستعمل للرد موجبا للآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخر على وجه الرضا
من المشترى وفي مثله لا ينفذ القضاء بالفسخ كما لو قضى باجتهاد او حادثة وثمة نقض بخلافه وقالوا هذا اصح فارتبا
عندهما فقد قالوا يجب ان يحمل الجواب على هذا ان على هذا الاصل المذكور والفصلين فصل الجارية والدين فيدفع
الدين كما تقدم وترد الجارية ولا تؤخر الى تحليف المشترى لان عدم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان كيلا
التدارك ممكنا عند ظهور الخطاء وذلك موجود الا صورة الجارية لان قضاء القاضى مثلا ذلك نافذ ظاهرا
باطنا فان ظهر خطاء القضاء عند نكول المشترى رد الجارية على المشترى فلا يؤخر الى التحليف قبل الاخذ عند ابى يوسف
ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبايع حتى يستحلف المشترى ان كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر
للنظر له اذا كان غايبا قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها ومن دفع الى آخر عشرة دراهم
ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة التى انفقها من ماله بمقابلة العشرة التى اخذها من الموكل لا يكون
متبرعا فيما انفق بل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع
الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء
الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اى لما تحقق فيه
من التوكيل بالانفاق كذلك لان التوكيل بشراء ما يحتاج اليه الآمر قد يحتاج الى شراء شيء يصلح لنفقته ولم يكن
مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يقرضه شيئا من ماله نفسه وكان في التوكيل بذلك تجويز للاستقراض
وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم الماخوذة من الموكل عليه وان استهلكها
ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من ماله نفسه
فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا وفي القياس في الاستحسان في قضاء الدين وهو ان يدفع للمديون الى رجل
الفا ويوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل غير ذلك من ماله نفسه قضاء عنه فانه في القياس متبرع حتى اذا اراد
المامور ان يحبس الالف التى دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك وليس بمتبرع وفي ذلك
قضاء الدين ليس بشراء فلا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لزمه دينا لم

لم يرض به فجعلناه متبرعا فيما سواه اما الانفاق فيتضمن الشراء لانه امر بالانفاق وهو امر بشراء
الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان
راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا

باب عزل الوكيل

وجه تاخير باب العزل ظاهر لاحتياج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح
حضر المطلوب او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور او
لا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان
فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل
امتناعا ولهذا لم يذكره المص وان علم ولم يرد عالم يصح لاعتبار الطالب الوكيل بالتوكيل يثبت له حق الخصومة
لا بحكم الحاكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبتهم يبطل ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى وصح
بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل
كيلا آخر منه ولم يذكرها المص لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال
لما ذكرناه قوله فصار اى صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان يطلب من جهة الطالب كالوكالة
التى يتضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يدى عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا
على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل
يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به
بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضى به او لا ولو كانتا متشابهتين
لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه
فاذا بطل الحق بطل العزل وفي التوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جايزا
واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن يبطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب الراهن
بالبيع قال وان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته
وتصرفه جايز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به من وجهين احدهما من حيث يبطل ولايته لان الوكيل
يتصرف على ادعاء انه له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه فيبطل ولايته
وضرر التكذيب ظاهر لا محالة والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينفذ من مال الموكل ان كان
وكيلا بالشراء وسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل
فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيان في الوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العلم والعدالة
في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب ادب القاضى فلا يحتاج الى الاعادة قال
وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير
توقف على رضا احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول تبطل الوكالة بموت الموكل
وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم

عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وهيهنا ليس كذلك لان كلامهما ينفرد في فسخها
فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه
لان المتصرف بسبيل من قطعه لا كالهبة فصار كانه يجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء
منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد لذلك من الامر كذا فيما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض
فلا تبقى الوكالة من هذا فلا تنعقد منهم ابتداء وتوقف بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتوقف بالموت
واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض ولزم الاصل وفي الثاني
لا يبطل فلا تبطل لا صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفيما اذا جعلا امر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا
النوع صار لازما لتعلق حق الغير به ولا يمكن لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر كلام المص
عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الالحاق في
الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا يبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند الكرخي وروى ذلك
ابو بكر الرازي عن الى حنيفة اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط الفعل لنص
الممتد فصار كالميت وهو رواية عن محمد وقال محمد اخر الحول الكامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به اخذا
وقال المشايخ الحكم المذكور في اللحاق قليله الى جنونه لان تفرقات المرتد عنده موقوفة والوكالة
من جملتها فكانت موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت واما عندهما فتفرقاته جائزة
فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستمر امر اللحاق وقد مر في السير
ان كفر المرتد موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امرأة فارتدت
فالوكيل وكيل حتى يموت او يلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل ما خلا الوكيل
بالتزويج فان ردته تخرج الوكيل ايضا بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل
ثبتت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد
ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد فان اذا وكل المكاتب ثم عجزا والعبد لما اذن
له ثم حجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل او لم يعلم واذا وكل احد الشريكين
ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه ما فرقا فكذلك لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز
والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لانعزال حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باع
الموكل واما اذا وكل المكاتب او المأذون له بقضاء الدين او التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان
العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي
حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بما شرحنا وكذا اذا وكل احد
المتفاوضين وكيله بشيء هو وليه ثم افترقا وافتسما واستمدا انه لا شركة بينهما ثم اعتق الوكيل ما
وكله به وهو يعلم او لا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في خاص بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما انفسهما
وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط والقائلان بقول هذا لا يفعل

بين اوليه وبينما لم يله فالفرق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل كان توكيله جهتان جهة مباشرة
وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم يبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة
وتوكيل احدهما فيما كتوكيلهما فبقي في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان توكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد
بطلت بفسخ الشركة فبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه و
على صاحبه سواء لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل ماذون بالتوكيل بتحصيل ما هو المقصود وهو الربح
فانه قد لا يحصل بتصرفه وبعد حصوله بايديهما وكلام المص ساكت عن التفصيل في المسلمين جميعا كما ترى وفيه
ما فيه وقد اول بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الكالة التي كانت
في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كان في ضمنها هذا على تقدير صحة
تخصيص مسئلة الشركة لا غير على انه مخالف لعبارة الكتاب قال واذا مات الوكيل او جن جنونا
مطبقا لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل اذا مات
الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف
الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا له
الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز ان يتصرف فيما وكل به الا ان يعود مسلما قال
المص هذا عند محمد اما عند ابي يوسف فلا يعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع
المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع واما
ان يحدث فيه اهلية وولاية فليس كذلك فانه يتصرف بعنان قائم به وهي العقل والعقد لا ذلك التصرف
والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف
بعارض اللحاق لبيد الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة
ومخلصه معروف ولابي يوسف انه ابطل ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ
فان الوكيل اذا ملك انما يملك لتنفيذ تصرفه على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك ولاية
هذا التنفيذ مطلق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة وقد بطل الملك
باللحاق لانه تعلق به بالاموات فصار كما يراطاكه واذا بطل الملك بطل الولاية واذا بطلت الولاية بطل
التوكيل لئلا تتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا يعود كالمكاتبة والمدبرة وام الولد واشار بقوله لحق
بالاموات الى ان فرض المسئلة فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة
عندهم جميعا بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق بما استدل به عليه وهو قوله
انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ والاولى
ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يجد عليه شيء سوى التوكيل
فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا يعود الوكالة في ظاهر الرواية
وعن محمد انها لا تعود كما في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم

ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باع الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد
الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال برده بالقضاء
بخلافه وفي حق الوكيل على معنى قايم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود بين الفصلين
ولعل ايراد هذه المسئلة عنده وحق العوارض المذكورة للموكل كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا وجود
ذكرنا في هذا الموضع قال ومن وكل اجنبيا بشيء ثم تصرف فيه بنفسه فيما وكل به ومن وكل به اجنبيا في
من الاثبات والاسقاطات ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكل باعتاق عبده او بكتابته
فاعتقه او كاتبه بنفسه بطلت وكذا لو وكله بتزوج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل
ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فانه له ان يتزوجها لموكله لبقاء الحاجة
وكذا لو وكل بشراء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه المامور للامر لم يجز وكذا لو وكل بطلاق
امراته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت عدتها بطلت ولم يكن للمامور ان يطلقها وانما قيد بقوله
ثلثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكل بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او اثنتين بائنة كانت او رجعية
فان له ان يطلقها ما دامت في العدة والاصل ان ما كان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا
اذا وكل بالخلع فخالعها قوله لانه لما تم في نفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكرنا
انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه
بنفسه منع له من التصرف كالعزل
مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد
ابتداء في حق غير المتعاقدين والوكيل غير ما كان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى
لان الوكالة باقية لانه الطلاق وسوابق والامتناع كان لحق الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للموكل ان يهب
لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال
الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة
بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقب الوكالة وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان
ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها
تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى به اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم
ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على الخصم فان ادعى غائبا لم وكذا ان كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء وان
ادعى انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر فكذلك لامكان عزله في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب
الجواب على الخصم بالنفي والاثبات وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء وفعا للتظلم
المتضمن بقائها وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثيرة قال من لا يجبر على الخصومة
اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة الدعوى لا تخصل الا من مدعي على مدعى عليه فمعرفة
الفرق بينهما من اهم ما ينبني عليه مسائل الدعوى فان النبي عم قال البينة على المدعي واليمين
على من انكر فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب جد بعض العدوي

يعني القدوري المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اذا تركها وهو حد
عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة ولا اقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا
بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بتام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة
ولعله غير صحيح لان المدعى عليه يدفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من
يتمسك بالظاهر وبمعناه قوله من قال المدعي كل من ادعى باطنا لترك بظاهر او المدعى عليه من ادعى
ظاهرا واقرار الشيء على هيئته والظاهر كون الملك في يد المالك وبراءة الذمة فالمدعي هو من يريد ازالة
الظاهر والمدعى عليه يريد قراره على ما كان ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر
اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته
بدفع الدين الى وكيل رب الدين وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براءة بعد الشغل
وكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس فانه مدفوع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان
فالمحمد في ان اصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله صلعم اليمين على من انكر وردى اليمين على
المدعى عليه لكن الشان في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا يعني اذا تعارض الحجتان
في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخر يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال
رددت الوديعة وهو يدعي الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه
فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معنا بانه منكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه
وكره لا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره قد ذكرنا ان معلومية المدعى به شرط لصحة
الدعوى فلا بد من ذكر ما يعينه من جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا او
كذا درهما او دينارا او كرا لان جهالة دعوى الالزام ما قامة الحجة ولا الزام في المجهول غير مفيد فان كان
المدعى عينا في يد المدعى عليه كلفه احضاره الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة ولا استحلاف
لان لا علام ما دعي بما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك المنقول بالاشارة لان النقل ممكن ولا اشارة ابلغ في
التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشترك شخصين فيها ممكن فاذا حضر
شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهم مثلا استحضر الحاكم لان الصحابة فعلوا ذلك ويجب على المطلوب حضوره
في مجلس الحكم على هذه القضاة من اولهم الى اخرهم اي اجمعوا ولا صل قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله
ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب
فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار والانكار ليفيد حضوره ولزم عليه احضار المدعى لما قلنا من الاشارة
اليها ولزم عليه اليمين اذا انكر وعجز المدعي عن اقامة البينة وسنذكره اي وجوب اليمين عليه الى قوله الباب
وان لم يكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها
ليصير المدعى معلوما وذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا يعرف بالوصف وان يوجد جهالة مكان المشاركة
فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء يعرف به العين فذكرها يكون مفيدا وقد تعذر منا بيانه

العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة تتعذر واطلاق تركيبه لا يخفى
قال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة بناء على ان القضاء بقيمة المستهلك بناء على
القضاء بملك المستهلك عند ابي حنيفة لان حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب
على اكثر من قيمته فلو لم يكن عين المستهلك ملكا له ما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب
دعوى من في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لا يجوز واذا كان كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى و
الشهادة ليعلم القاضي ما ذا يقضي فلا بد من ذكر الانوثة والذكورة ومن المشايخ من ابى ذلك لان المقصود في دعوى
الدابة المستهلكة القيمة ولا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة وكذا اذا ادعى عقارا حدوده اذا كان المدعي عقارا فلا بد
من تلقيب اشياء محددة وذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما الاول فلاعلام ما قضى ما على ذلك
انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم يذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لمعذر السعاصير
الى ذلك للتعريف ولا بد من ذكر اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى فانه
يستغنى عن ذكرهما ولا بد من ذكر الحدود لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود
يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر وهذا يعلم ان ذكر الاثنين لا يكتفى به بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وانه
في الكتاب باعتبار الجهة لانه يحلف به اي بالغلط في الحد المدعى وكذلك يتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض
الثمن وتركنا ذكر الثمن جاز ولو غلط في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وهذا الجواب ببطلان القياس
زفر المتروك على الغلط وكما شرط التحديد في الدعوى شرط في الشهادة واما المنافي فلا بد منه لانه انما ينتصب خصما
اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة
بان يشهد شاهدان انهم عاينوا انهم في يده حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة
على اليد من ذلك او يعلم القاضي انه في يده نفيا للتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما تواضعا
على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعي عليه حتى يتصرف صدر المدعي
عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى بعض القضاء عند ظهوره في يد ثالثه
بخلاف المنقول فان اليد فيه شاهدة واما الثالث فلان المطالبة حقه ولا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح
لانه يؤدي الى تقدير ولا بد من طلب المطالب فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة مصدر بمعنى المفعول
فكان معناه المطالب حقه ولا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة
يزول هذا الاحتمالان وعن هذا اي عن نسب هذا الاحتمالات قال المشايخ في المنقول يجب ان يقول وهو
في يده بغير حق لان العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان المدعى به حقا في الذمة ذكر المدعي
انه يطالبه به لما قلنا يعني قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا لان صاحب الذمة قد حصر فلم يبق الا
المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا او فضة فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او
درهما جيدا او ردي او وسط ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة
الى ذلك في الجملة لا بد في كل جنس من تعريف بما يمكن به التعريف قال واذا صحت الدعوى اذا صحت

الدعوى

الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها ليتكشف له وجه الحكم فانه على وجهين اما ان يكون اقرا
بالخروج عما لزمه بالحجة او تعييرا بما هو يعرضه ان يصير حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان
الاول فالحكم فيه ان يامره بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي كالاقرار
بالاسلام على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب اقراره ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع وان
كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي يبين بعرضه ان يصير حجة اذا قضى
القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذا لا بد من السؤال ليتكشف له احد الوجهين فاذا
سأل فان اعترف بما امره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لعدم الملزم فقال له هاتان لك بينة سأل
صلعم ورتب اليمين على فقد البينة فان احضر ما قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجيح جانب الصدق على
الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا يريد به قوله عليكم لك يمينه ولا بد من طلبه لانه حق
لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله يمينه قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان
خصمه ابقى حقه بالانكار فالشرع جعل له حق استحلافه حتى ان كان لا مر كما زعم فالمحلوف به ملكه لخصمه يكون
ابراء بمقابلة اقراره وهو مشروع كالقصاص وان كان لا مر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه بنال الثواب بذكر اسم الله صادقا
ثم انما رتب اليمين على فقد البينة لا على الطلب لان نفس الدعوى ليست بحجة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه
اشارة الظن بالاخر وذلك لا يجوز فوجب اقامة البينة على المدعي لا ان استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا
على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعي عليه اذا اقامة البينة مشروعة
بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعد ما وفى لك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر ووجه ذلك ان الشرع لو
ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة اليد بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست
بمشروعة **باب اليمين** لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب
عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قال** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي
بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلفه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلفه لان اليمين حقه بالا
لحديث المعروف وهو قوله عليكم لك يمينه فاذا طالبه بها يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على
العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عم للمدعي الك بينة قال لا قال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي
عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره
الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي ولا يرد اليمين على المدعي لانه صلى الله عليه وسلم قسم بين
الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز
والقسمة تقتضيه **قوله** وجعل جنس الايمان على المنكرين في قوله عليه السلام واليمين على من انكر وليس في الجنس
شيء استدلال آخر بالحديث وهو خلاف الشافعي وسيأتي **قال** ولا يقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق
ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس على المدعى عليه البينة لما روينا وقيد بالملك المطلق احترازا
عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعى ذو اليد ملكا من واحد واحد بما قابض وبما اذا ادعى

النتاج من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل
ما انتقض مقتضى الصحة حتى قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى
من الزيادة من النتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على
الخارج اليمين لكونه اذ دال مدع عليه قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا
لم يعجز واذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة يصير بها
ذو اليد مدعيا وقال الشافعي تقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى وصار
كما اذا اقاما على النتاج والدابة في يد احدهما او اقاما على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد
وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد
البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد
والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي او اظهارا يعني في الواقع فان بينته
يظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبتته اليد لا يثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك
فيسير لا يثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف ما بينة الخارج فانها تثبت الملك او يظهره وما هو
اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل
ما اثبتته اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست
موجبة بنفسها حتى يزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون
الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينة مثبتة بل موكدة للملك ثابت و
التاسيس اولى من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة
لا موكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح احدهما باليد فان قيل كان الواجب ان
يكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج
لا غير اجيب بان بينة النتاج لا يوجب الاولية الملك وهما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد
فتقضي له قوله وكذا على الاعتاق اي اليد لا تدل على الاعتاق ولا استيلاد ولا تدبير فتعارضت
بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد قوله وعلى الولاء اثبات بها اي بالاعتاق
ولا استيلاد ولا تدبير معناه ان التبيين في الاعتاق واختيه يدلان على الولاء اذ العتق
حاصل للعبد بتصادقهما وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده قال واذا نكل
المدعى عليه عن اليمين واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ادعاءه وقال
الشافعي لا يقضى به لكل رد اليمين على المدعي فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول
المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل الحالف ما كان كذلك لا ينصب
حجة على خلاف ما ادعى المدعي لانه دليل المطهر فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بدلا
كما هو مذهب ابي ح او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لما قدم اليمين اقامة للواجب لانها واجبة
على

لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح جانب المدعي
كونه باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض
بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال واستشهدوا شهيدين من رجالكم
فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان فالقضاء بالنكول يخالفه وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر و
لم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه لابتداء لكون الظاهر شاهدا له فبنكوله صار الظاهر
شاهدا للمدعي وعود اليمين الى جانب المدعي ولهذا بدانا في اللعان باليمين من جانب الزوج لشهادة
الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل
على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع يدل على جوازه فانه
روي اجماع الصحابة على ذلك وروي عن علي رضي الله عنه انه قضى حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه فقد روي
عنه خلاف ذلك روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي
علي فقال له علي قالون وهو بلغة اهل الروم اصبت واذا ثبت بالاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات
موكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود ولا يجوز ان
يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا
وجه له لما قلنا وفي قوله ولا ترد اليمين على المدعي تامل وسعى القاضي ان يقول للمدعى عليه
اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه لان الانذار اعلام بالحكم اذ هو موضح
اتحاد العدم دلالة نص على ذلك فجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قولهم لكونه مجتهدا فيه
فان للشافعي خلافا فيه لما مر غير مرة ثم العرض ثلث مرات اولى وليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب
فيه انه لو قضى به بعد مرة جاز لما قدمنا ان النكول بدل اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما والحلف
ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كما هال المرتد ثلثة ايام فانه اولى وان قتل بغير
امهال جاز لان الكفر قبيح وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف
من القول والاقرار يشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه
وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له بعث الثالثة ثم اقضي عليك
ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي قال واذا كان المدعى نكاحا اذا ادعى رجل على
امراة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة و
انكرت او بالعكس وادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على
مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك او اختصما على هذا الوجه في ولاء المعتاقة او المولاة او ادعى على رجل
انه ولده او والده او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذا لا يتحقق الا من جانب الامة لان المولى اذا ادعى
على ذلك ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكاره او ادعت المراة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان
وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي ح وقالا يستحلف في

ذلك كله الا في الحدود واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على انه كاذب في الانكار السابق لما قدمنا
يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب
باجراء ذكر الله على لسانه تعظيما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في
يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلث ولا اقرار يجري في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار من
شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة فيما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى
الحدود فلا يجري فيه ايضا وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم
اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه
ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله
في المرة الاولى كالواقرة تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل
ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان
فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان
النكول اقرارا لقضي به والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا
ان المدعي يستحق بدعواه جوابا بفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان
انكر لم ينقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار بقطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على
اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تصيير المدعى دليلا وابي حنيفة
ان النكول بدل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا سمى واحد مع النكول وما كان
كذلك فهو اما بدل او اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق
والبدل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يوذيني فدفعت اليه نفسي ان
يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحث لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامراته لكن دفعت
اليه نفسي وابحث له الامساك لا يصح وعليه نقوض الاول انه لو كان بدلا لما ضمن شيئا اخر اذا استحق
ما ادى بقضاء كالوصالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى
الثاني لو كان بدلا كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول
والبدل لا يجب بالحكم عليه فلم يكن النكول بدلا الرابع ان العبد المأذون يقضى عليه بالنكول ولو كان
بدلا لما قضي لان بدله باطل الخامس يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بدلا لما قضي لان
البدل لا يعمل فيها والجواب عن الاول ان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد وعاد الكل
الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا اخذت حقي باداء ما وجب لي في ذمته بالقضاء
فاذا استحق رجعت بماهية الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وسائر
المداينات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبدل الصريح واما ما كان بدلا بحكم الشرع كالنكول فلا
نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البدل من المأذون

ما دخل تحت الاذن كابدال المأكول والاعارة والضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نم ان البدل فيها
غير عامل بل هو عامل اذ كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها اكلة لم يأثم بقطعها ومما عن فيه
النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لاصالة ابو حنيفة ترك الحديث المشهور
وله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة لم ينف وجوب اليمين صحا لكنه
يقول لما لم ينفذ اليمين فابدلها وهو القضاء بالنكول لكونه بدلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب
عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود قوله و فائدة الاستحلاف يعني ان البدل في
هذه الاشياء لا يجري فمات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول والنكول بدل والبدل
فيها لا يجري ولا استحلف فيها لعدم الفائدة ذ الا ان هذا بدل جواب سؤال تقريره لو كان بدلا لما
ملكه المكاتب والعبد المأذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه وقد ذكرنا وجهه انما انهما يملكانها
لا بدله من التجارة وبدلها بالنكول من جملة ذلك قوله وصحته في الدين جواب عما يقال انه لو كان بدلا لما جرى
في الدين لانه وصف في الذمة والبدل لا يجري فيه ووجه ذلك ان البدل في الدين ان لم يصح فاما ان
يكون من جهة القابض او من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع ثمه لانه يقتضيه حقا لنفسه بناء على زعمه
وان كان الثاني فالمراد به ههنا اي في الدين ترك المنع وجاز له ان يترك المنع فان قيل فهلا جعل في الاشياء
السبعة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال هين يجري فيها الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان
امرها ليس بهين حيث لا يجري فيها الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله الا ان هذا بدل لدفع الخصومة غير
المترك وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة بدفع ما
يدعيه الخصم لعله اولى قال ويستحلف السارق اذا كان مراد المسروق منه اخذ المال يستحلف السارق بالله
ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت بالنكول وعن محمد انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا
تريد فان قال اريد القطع يقول له القاضي الحدود لا تستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال يقول له ادع
دعوى السرقة واثبت على دعوى المال قال المص فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله يريد به النكول
شبهة ان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان يريد بذلك
اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يريد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم
لاسيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت نعم تعليم
ان دعوى المهر لا تتفاوت بان يكون في كل المهر او نصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه
توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا
يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البدل لا يجري فيه
كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى جماعة كالاربعة مثلا ان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه
مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه وطلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب

الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى
الجرفي اللقيط بان كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخوته حرية يريد تصرير الملتقط بحق
حضانتها وارادت استحلافه فنكل يثبت لها المجرد دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع
فيها فقال الموهوب له انت اخي تريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل يثبت امتناع الرجوع
ولا يثبت الاخوة قوله لان المقصود بهذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فانه يحتمله على الغير
وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل
والاب في حق المراة دون الابن لان في دعواه الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان
دعويهما يصح من الرجل والمراة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وبهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار
فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد
وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ان نكل عن اليمين
لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان
النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهته من عليه
خاصة كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد فيما نحن فيه لذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا واما اذا كان
الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامراتين او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضى
بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطا ولا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى
بين النفس وما دونها فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع
بشهادة رجل وامراتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل و
يتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال
اذا وجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق المنة للحصمين للقاتل بسلامة نفسه وللمقتول بصيانة دمه
عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهتها بالخطا ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البدل الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعها
فلا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البدل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البدل فانه لو
قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص وفي رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك
مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب
بقوله الا انه لا يباح لعدم المعادلة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للاكلة وقطع السن للوجع لم يأثم
بفعله وما نحن فيه من البدل اي الذي بالنكول مقيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه تحث
من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع
بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة حق الله تعالى

وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل
وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر مما ذكرنا ان البدل في الاطراف جائز فيثبت القطع به
وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع والبينة حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة
فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا اه قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا
قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعى عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل له اعطه
كفيلا عن نفسك ثلثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما
جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى
مستحق عليه حتى لو امتنع عنه تعدى عليه وحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي
عليه به يسير فيتحمل كالاعذار والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بثلثة ايام فمروي عن ابي حنيفة
من غير فرق بين الوجيه والهامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد انه اذا كان
معروفا والظاهر انه لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان
المدعي حقيرا لا يخفى المدعى نفسه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة فليلا يضيع حقه فان قال المدعي
لا بينة لي او شهودي غيب لا تكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في
الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة
تقدران بقدر مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة تضرر لمنعه عن السفر وكيفية
الملازمة مستذكرة في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجب هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة
والامتياز صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه
ظاهر قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوزه ذلك بعضهم في زماننا
لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو
منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صورنا ما القصر اسم عجمي وروي انه صلى الله عليه وسلم رأى
قوما مروا برجل وامراة سحم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو
حبرهم فقال انشدك اي احلفك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك
دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود
تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي مجلسه حرج على القاضي بحضوره وبه يفتى وقال الشافعي
اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او في مكان عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان
بالمدينة المنورة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في
الجوامع ولذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما فيه من الحرج على الحاكم قال ومن ادعى انا بتاع

الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى
المجرد في اللقيط بان كان صبيا لا يعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخوته حرة يريد قصر يد الملتقط بحق
حضانتها وارادت استحلافه فنكل يثبت لها المجرد دون النسب وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع
فيها فقال الموهوب له ان اخي تريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل يثبت امتناع الرجوع
ولا يثبت الاخوة قوله لان المقصود بهذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميلا على الغير
وهو لا يجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل
والاب في حق المراة دون الابن لان في دعواه الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان
دعويهما يصح من الرجل والمراة اذ ليس فيه تحميل على احد فيستحلف وبهذا تاد على ان النكول بدل من الاقرار
فلا يعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار قال ومن ادعى قصاصا على غيره بجحد ومن ادعى قصاصا على غيره بجحد
وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها ان نكل عن اليمين
لزمه فيما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان
النكول اقرار فيه شبهة عندهما ولا يعتبر به القصاص ويجب به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهته من عليه
خاصة كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد فيما نحن فيه لذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطاء واما اذا كان
الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضى
بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه ولم يشبه الخطاء ولا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى
بين النفس وما دونها فان قيل من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع
بشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمة اصل و
يتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى الى المال
اذا وجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق المثلة للخصمين للقاتل بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه
عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهتها بالخطاء ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك
الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البدل الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعها
فلا يجب الضمان وليس ذلك الا من حيث اعمال البدل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البدل فانه لو
قال اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص وفي رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت الاطراف يسلك
مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي كما يباح له اخذ ماله اذا قال خذ مالي اجاب
بقوله الا انه لا يباح لعدم العادة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للاكلة وقطع السن للوجع لم يأثم
بفعله وما نحن فيه من البدل اي الذي بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه تحث
من وجهين احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثاني ان الخصومة تندفع
بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
في حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة حق

الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثاني بان دفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل
وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر مما ذكرنا ان البدل في الاطراف جائز فيثبت القطع به
وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة
فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا اهـ واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا
قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعى عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل له اعطه
كفيلا عن نفسك ثلثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما
جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى
مستحق عليه حتى لو امتنع عنه تعدى عليه وحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي
عليه به يسير فيتحمل كالاعذار والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بثلثة ايام فروي عن ابي حنيفة
من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد انه اذا كان
معروفا والظاهر انه لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان
المدعي حقيرا لا يخفى شخصه بذلك لا يجبر عليه واما الامر بالملازمة قليلا يضيع حقه فان قال المدعي
لا بينة لي او شهودي غيب لا تكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في
الهالك محال والغايب كالهالك من وجه اذ ليس كل غايب نوب وان كان مسافرا فالكفالة والملازمة
تقدران بقدر مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر وكيفية
الملازمة مستذكرة في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجب هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء وهي ما يقع به المشابهة
والامتياز صفته واليمين بالله دون غيره لقوله عم من كان منكرا حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه
فيه ظاهر قوله ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا
لغلبة مبالاة المدعى عليه باليمين بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو
منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم عجمي وروي انه صلى الله عليه وسلم رأى
قوما مروا برجل وامرأة سحم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر باحضار ابن صوريا وهو
حبرهم فقال انشدك اي احلفك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك
دليل على جواز تحليف اليهودي بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود
تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي مجالس الخرج على القاضي بحضوره ويدفوع وقال الشافعي
اذا كانت اليمين في قسامة او لعان او في مكان عظيم ان كان بمكة فبين الركن والمقام وان كان
بالمدينة المنورة فعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد في
الجوامع وذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج على الحاكم قال وتغليظ اليمين بالتاريخ

من هذا بعده بالف محمد هذا نوع اخر من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب والضابط في ذلك ان
السبب اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر
المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد وعلى السبب عند ابي يوسف
الا اذا اعرض المدعى عليه برفع السبب مثل ان يقول عند قول القاضي احلف بالله ما بعت انها القاضي الانسان قد بيع
شيئا ثم يقال فيه فحينئذ يلزم القاضي الاستحلاف على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الائمة الحلواني ما عبر عنه
بقوله وقيل ينظر الى مكان المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل على الظاهر اذا
ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب لعدم تضرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء
عليه بعد الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا
فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليهما بالردة واللحاق واذا ادعت المنكوحة النعم والزوج ممن
لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل لصدق في يمينه في
معتقده فيتضرر المدعي فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم
الشفيع او سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا
من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو اصل لان الشراء اذا ثبت الحق له وشركة مشفوعا انما
يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او
النكاح او البيع يحلف عندهما على الحاصل بالله ما هي باين منك الساعة وما يستحق عليك ردها وما بينكما
نكاح اوسع قايم في الحال لان السبب يتكرر فالحلف عليه يتضرر المدعى عليه وعند ابي يوسف يحلف على
السبب قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين
على العلم او البتات والضابط في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان
وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد والعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد
سارق او ابق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البايع واراد تحليف البايع يحلف على البتات بالله ما ابق
ما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض
فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف
الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على البتات
وفي صورة القبض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن
البايع تسليم المبيع سليما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيتين يرجع الى
فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على
علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات
لوجود المطلق للتعيين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك

اجيب بان معنى قوله سبب لثبوت الملك سبب اختياري يباشره بنفسه فيعلم ما صنع قال ومن ادعى على آخر مالا و
من ادعى عن يمينه او صالح منها على شيء مثل المال المدعى او اقل جاز وهو ما روي عن عثمان رضي الله عنه و
لفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعا عليه ذكره في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا و
افتدى وذكر ان مقداد بن الاسود رضي الله عنه استقرض من عثمان سبعة الاف درهم ثم قضاه اربعة
الاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد يحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما تقول وليأخذ
سبعة الاف فقال عمر لعثمان اتصدق المقداد احلف انها كما تقول وحدها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد
قال عثمان لعمر انها كانت سبعة الاف قال فامتنعت ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله
فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي دينا على عثمان وبه يقول ثم لما بطل
حقه في اليمين في اسقاط العداء والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه
بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلف لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال والله اعلم

باب التحالف

راعى الترتيب الطبيعي فاخر عن الاثنين عن ثمن الواحد لينا
الوضع الطبيعي اذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البايع انه باعه بمائة
وخمسين او اعترف البايع بان المبيع كر من حنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة قضي له بها لان
الحق لآخر بمجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي وبمجرد الدعوى لا يوجبه وان
اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة
فثبتتها كان اكثر اثباتا ولو كان لا اختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البايع بعتك هذه الجارية بمائة دينار و
قال المشتري بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى
في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول ابي حنيفة آخرا وكان يقول اولا
وهو قول زفر تقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا وان كان لا اختلاف في جنس الثمن كما لو قال
البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة قضي لمن له
البينة على قول وهو البلخي لان حق المشتري في الجارية ثابتة باقرارهما وانما الاختلاف في حق البايع فبينته
على قوله اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي يدعيه البايع
والا فسخنا ويقول للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنا
وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد
منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع يدعي زيادة الثمن و
المشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما يقدر والبايع ينكره فكل منهما منكر واليمين على من انكر
بالحديث المشهور فيحلفان فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له
في يده فبقي دعوى البايع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فكان القياس لا كتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص
وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا ولعامل ان يقول هذا الحديث

قوله وهذه جهة فيه اقول انت اسم الاشارة بالاعتبار الخبر او على تاويل القول بالمقالة

يحالف المشهور وان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح ويبدأ
بيمين المشتري وهو قول محمد والى يوسف اخرا وروايته عن ابي حنيفة وهو الصحيح دون ما قاله ابو يوسف ان يبدأ
بيمين البايع لان المشتري اشد بها انكارا لكونه اولى من يطالب بالثمن المبادي بالانكار وهذا يدل على تقدم
الانكار دون شدته ولعلمائه بالشدة المتقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي
يترتب عليه اولا لان فائدة النكول يتعجل بالمداء به وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين البايع تأخرت المطالبة
بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدأ بيمين البايع وذكره المنتقى وابو
الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول
ما قاله البايع ووجه الاستدلال انه عم خصه بالذكر واقل فائدة التقديم يعني انه عم جعل القول قوله
وذلك يقتضي الاكتفاء بيمينه لكن لا يكتفى بها فلا اقل من البداءة بها وان كان العقد متقايضة او صرفا يبدأ
الكل بايهما شاء لاستوائهما قال وصفة اليمين ذكره الاصل صفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه
بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على
النفي لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل عليه ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم
له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اذا طلباه او طلب احدهما لان
الفسخ حقهما فلا بد من الطلب وبهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف بل لا بد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى
كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه الحاكم قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا فلا بد له وهو
فاسد وسيلة الفسخ واذا لم يفسخ كان قايما قال في المبسوط حل للمشتري وطي الجارية اذا كانت المبيعة
وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا لصحة البدل في الاعواض واذا كان باذلا
لم يبق دعواه معارضة لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض قال واذا اختلفا في الاجل في اصله
او في قدره او في شرط الخيار وفي استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما والقول قول البايع وقال زفر و
الشافعي يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف
في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به
والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف وبهذا لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد
والاجل ومراد ذلك كشرط الخيار وان العقد بعدمهما لا يحصل فلم يكن في معنى المنصوص عليه حتى يلحق
به فصار كالاختلاف في الحط والابراء من الثمن بخلاف الاختلاف في وصف الثمن الجودة والرداءة
وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف فيها كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان
ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا ترى ان
الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف وهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط واذا
لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمنكر العوارض والحكم

باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يخل بما به قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا ولو اختلفا في استيفاء
كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه مفروغا عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى
واذا اختلفا في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه قال فان هلك
المبيع ثم اختلفا فان هلك المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده
بالعيب ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري وقال محمد والشافعي
يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلايل الدالة على التحالف لا يفصل بين كون السلعة قايمة
او هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه
ما في الحديث الاخر من قوله والسلعة قايمة لانه مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة
قايمة فان عند ذلك تمتاز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال منفات ولا كذلك بعد
الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلي فما ذكره في الكتاب ان كل واحد
منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة فان قيل
قياس بما بعد هلاكه حال قيامها يفيد التراد ولا فائدة له بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف
يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البايع عليه بالنكول
واذا حلف البايع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة
فادعى احدهما العقد بالدراهم والاخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف
ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فالحاق احدهما بالاخر جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك
فساد الوضع اما الاول فلان قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على
المشتري خاصة لانه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله صلعم والسلعة قايمة
ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتاكيد والتاسيس اولى على انه
اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على
خلاف القياس لما سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى
الى غيره فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام مفض الى الفسخ فيندفع به
الضرر عن كل واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها الا ترى انه لا يفسخ بالا قالة
والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه فبطل الالحاق بالدلالة ايضا قوله فلانه لا يبالي جواب
عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اي سلمنا
ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا مضى الى المساكر وههنا ليس كذلك
لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وثم بهلاكه وليس يدعي على البايع شيئا ينكره
ليجب عليه اليمين ونقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا وهبة فان في كل واحد منهما المقصود
حاصل والتحالف موجود له اختلاف السبب واجيب عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن

اثاف بانه على الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد قوله وانما يراعى جواب عن قولهما وانه يفيد
زيادة دفع الثمن ومعناه ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم ليس منها
فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا ينزل
بما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر فانه اعتبرنا حال قيام السلعة المترادفا
للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وبهذا اى هذا الاختلاف اذا كان
الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة السائرة في الذمة فاما
اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم
فتوفر فائدة الفسخ وهو الترادد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن قال وان هلك احد
العبدين ثم اختلفا واذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك احدهما ثم اختلفا في
الثمن فقال البايع بعتهما منك بالف درهم وقال المشترى اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة
الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند ابي حنيفة الا
ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له واختلاف ما بين الروايتين في اللفظ لا يخفى واختلف المشايخ في توجيه
قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان ياخذ الحي ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا قالوا
معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القايم والاستثناء ينصرف
التحالف لانه المذكور في الكلام وكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البايع حصة الهالك فيتحالفان و
المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا لعامتهم
وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشترى مع يمينه الا ان يرضى البايع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من
ثمن الهالك شيئا آخر زايدا على ما اقر به المشترى وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف
لانه لما اخذ البايع بقول المشترى وصدقه لا يحلف المشترى وكلام المص يشير الى ان اخذ الحي بطريق
بطريق الصلح كما مال صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى في قوله وترك ما يدعيه عليه
وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما قبل والصحيح هو الثاني لان البايع
لا ينزل من ثمن الميت شيئا ما اقر به المشترى انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي و
ينفسخ العقد في الحي والقول قول المشترى في قيمة الهالك وقوله في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس
بالصحيح على ما سياتي وقال محمد يتحالفان عليهما وينفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك
كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والحوالة ان هلاك البعض يحوج الى معرفة القيمة بالحزر
وذلك مجهل في القسم عليه فلا يجوز ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيقدر بقدره والجواب هو
الجواب ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى
بفوات البعض فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه لا يخفى معناه من كل وجه لان التحالف في القايم لا
يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل

لا يجوز وسطر ما ذكرنا ان احد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى يفي القياس وفيه اشارة الى
الجواب عن مسئلة الاجارة فان العصار مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة
العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك
احد العبدين وفيه التحالف عند ابي حنيفة ايضا دون هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع
واحدة فاذا تعذر الفسخ بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة بحدود فكل عقد
جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر الباقي والثاني ينفي الالحاق بالدلالة
وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد كما ذكرنا ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القايم
وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعها الا بكذا والمشتري بالله ما اشتراها الا بكذا وانما لم يحلف صفة التحالف عنده في الصورتين
لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى احدهما او كلاهما الفسخ ينفسخ العقد
بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك والقول في القيمة قول المشتري لان البايع يدعي عليه
زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف فمنهم من قال يتحالفان
على القايم لا غير لان العقد ينفسخ في القايم لا في الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله ما اشتريت
القايم بحصته من الثمن الذي يدعيه البايع حلف فكان صادقا وكذا لو حلف البايع بالله ما بعت القايم
بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق فلا يفيد التحالف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما
بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري
فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف ينفسخان العقد في القايم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري
حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد
والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده ويعتبر قيمته الى الانقسام يوم القبض يعني يقسم الثمن الذي اقر به المشتري
على العبد القايم والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على
المشتري نصف الثمن الذي اقر به المشتري وسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض
كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القايم يجب على المشتري نصف
ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت قيمة القايم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة
وقال البايع على العكس فالقول للبايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط
بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره وطلب بوجه تعيين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع
يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد
وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة
والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم
القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال بل اورده على كل قوم تحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي
يحال الى بعد طول التفحص ان فيما ذكر من المسائل ما لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن فيه

بصدد نحن فيه بعد ما تحقق ما يوجب الفسخ صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحق منهما فظاهر وكذلك
في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك
وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد
حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم
القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين واقول الاصل فيما هلك وكان مقصودا
بالعقد ان تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض
لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان بغير اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت
الصفقة واحدة وانفسخ العقد في الهالك دون الهالك صار العقد منفسخا في الهالك نظرا الى اتحاد
الصفقة غير منفسخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وعلمنا بلزوم الحصة من
الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ وايهما اقام البينة يقبل
بينته لانه يورد دعواه بالحجة وان اقاما بينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة
الهالك ثم ذكر المص ما هو على قياسه من فروع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في ان القول هنا
قول البايع والبينة ايضا بينته مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البايع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه
فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين وذلك
ان كلا من اليمين والبينة يبتنى على امر جاز ان يجتمع مع آخر باعتبارين فجاز اجتماعهما لذلك فمبنى الايمان
على حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل
غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزله او تلجئة او غير ذلك و
اذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبايع لانه منكر حقيقة اذ هو اعلم بحال نفسه وان تقبل بينته لانه مدع في
الظاهر واذا اقاما البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظر لانه على اعتبار الحقيقة في
الايمان يقول لانها ترجح على احد العاقدين وهما يريدان حسم الحال وهو متفرع على المدعي فان توجه اليمين
على احد المتعاقدين دون الوكيل والنايب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه
دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين قوله وهذا اي ما ذكره لا يصلح مبنى معنى ما ذكرنا من قول ابي
يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير قال ومن اشترى جارية ونقد ثمنها
وقبضها ثم تقايلا ولم يقبض البايع المبيع بعد لا قالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود المبيع
الى حق يكون حق البايع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ
سواء فسخاها بانفسهما او فسخها القاضي لانها كالبيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول
الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف بالنص لانه ورد في البيع المطلق
والاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان ما نحن فيه من مسئلة الاقالة
مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا قيس الاجارة اذا اختلفا الاجر والمستاجر

قبل

استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة
على العين فيما اذا استهلكه في يد البايع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد
البايع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف
بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص اذ ذاك محتمل المعنى ولو قبض
البايع المبيع بعد الاقالة فلا يحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد
القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه لعجزه وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع
مقبوضا او غير مقبوض قال ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في
الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ ولا اقالة في باب السلم لا يتحقق لكونه
اسقاطا للسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ فيعود المبيع عينا الى
المشتري بعقد جديد الى البايع الا ترى ان من اسلم الى آخر في كر حنطة فرده بالعيب بعد قضاء القاضي بذلك وتعذر رد المسلم اليه الى بدل
السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة فيعود على ما كان قد فات فيه اقالة السلم وفيما اذا هلك السلم ثم اختلفا فالفرق لمحمد
في اجراء التحالف في صورة هلاك السلم دون اقالة السلم اجيب بان الاقالة في السلم على نفس السلم وفسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك
السلم يجري في البيع لا في الفسخ قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فاقاما
البينة قبلت بينته لانه يورد دعواه بالحجة اما قبول بينة المراة فظاهر لانها تدعي الزيادة واما الاشكال في قبول
بينة الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كما فيه لقبولها كما ذكرنا وان اقاما
فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان كان الاول فالبينة للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني
فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وتثبتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل وان عجز عنها تحالفا
عند ابي ح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في اعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف
البيع لان عدم التسمية مخل بصحة بقائه ولا ثمن وهو ليس بصحيح فينفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع
والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فايدته فسخ العقد والنكاح ههنا لا ينفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد
من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وههنا موجوده ما يحق به وانما لا ينفسخ النكاح لما ذكره الكتاب
وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصلح الدعوى
اعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص العلة والمجوز يحلو ومحله غير معلوم قوله ولكن يحكم مهر المثل استدراك
استدراك من قوله ولا ينفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او
اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما قالت كذلك وان كان اكثر مما
اعترف به واقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لانها لم يتحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال المص ذكر
التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية
فيه وسقوط اعتباره انما هو بالتحالف فلهذا تقدم التحالف في الوجوه كلها يعني ما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به
الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المراة او اكثر منه او كان بينهما فهي خمسة وجوه واما في قول الرازي فلا

يحلف للاقل وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قول بيمينه اذا كان
مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم
مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم لا اصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد
له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لانه وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل
وهي موجودة باتفاقهما واصول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا
ان غيره فاسد فالحق ما قال صاحب النهاية لان التسمية يمنع المصير الى مهر المثل لا يجابه واما تحكيمه لمعرفة من
يشهد له الظاهر فممنوع ولنا مل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة
من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بانه مهر المثل امر معلوم ثابت سعا فجاز
ان يكون محكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة ولا يجعل حكما ويبدأ بيمين الزوج عند
ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري ويخرج الرازي على خلافه وهو
التحكيم اولا ثم التحليف كما ذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول له في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده
الا ان يأتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا يمينه ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه
على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن يشهد له فالقول قوله فان كان بينهما يتحالفان
والحاكم الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة
الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجب
القيمة قال وان اختلفا في الاجارة اذا اختلفا في الاجارة في البدل اي الاجرة او المبدل فاما ان يكون
قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام البينة قبلت بينته لانه يثبت
دعواه بالحجة وان اقاما فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة المؤجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان في
المنفعة فبينة المستأجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفصل مثل ان يدعي
هذا شهرا بعشرين وذاك شهرين بعشرة فيقضى بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا الا ان الاول لان التحالف
في المبيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع لان كونها
عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر لانه ينكر لزوم الزيادة فان
قبل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فانه تسليم المعقود عليه اولا على الآجر ثم يجب
الاجرة على المستأجر للمدة اجيب بان الاجرة لن كانت مشروطة التعجيل فهو السابق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط
لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمها لا يتوقف على قبض الاجرة فيبقى انكار المستأجر لزيادة الاجر فيحلف
وان وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الآجر كذلك وانها كالمدعي لزيادة دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني و
القول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما
وكذا على اصل محمد لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد ينتفي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه
من القيمة وليس شيء منهما موجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض ولا

يبقى

يبقى بزمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد ويبين بجعلها ان
لا عقد بينهما لانفساخه من الاصل فلا يكون لما يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول
للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه في الثالث تحالفا وفسخ العقد فيما بقي لان العقد ينعقد
ساعة فساعة في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة اليها
بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستأجر بالاتفاق بخلاف البيع لان
العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل واذا
اختلف المولى والمكاتب في زمان الكتابة اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة
لم يتحالفا عند ابي ح وقالا يتحالفان في فسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ
وينفسخ

فكان الاختلاف بالنسبة اليها فيما بقي قبل استيفاء المنافع ففيه التحالف صح

فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي مالا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند
اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه فيتحالفان في الثمن
ولابي حنيفة ان الكتابة عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر
في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما تقابله مقابلة

للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لا بد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو
كان البدل مقابلا للرقبة لحال العتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع عند
تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون الحال مقابلا باليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فعبده لا يقابل بعتق
اصلا فاذا قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول
المنكر **باب** واذا اختلف الزوجان في متاع البيت واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال
كالعمامة والقوس والسرج والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالزينة وهي
المخدرة وهي ما تشد المرأة على استدارة رأسها كالعصابة تسمى بذلك لانها تغني الخمار وكالمقنعة فهو للمرأة
مع اليمين بشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء
والحلي والحلخال وامثال ذلك وحينئذ لا تكون مثل هذه الاشياء لها وكذلك اذا كانت المرأة بيع
ثيابا للرجال وما يصلح لها كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما
في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بحلاف ما يختص بحاله اذ يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر
اقوى منه وهو الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل الرجال وما هو صالح للنساء فهو
مستعمل النساء فاذا وقع الاشتباه يرجح بالاستعمال وينبغي هذا ما اذا اختلف العطار والاساكفة
في الآلات لاساكفة والعطارين وهي في يديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يرجح بالاختصاص
لان المراد ما هو بالاستعمال لا بالنسبة ولهذا شاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون يده
لآلات في يديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين ولا فرق بينهما اذا كان لاحدهما في حال قيام النكاح او بعد
الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لها فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي
دون الميت وهذا الذي ذكرنا يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة لان المذكور من حيث التفصيل
ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال وما يصلح للنساء هو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك
وعلى هذا قول ابي يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها معناه ما يصلح لها والباقي للزوج مع يمينه
لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى بجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج
واما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم
وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنسوان فهو للمرأة وما يصلح لهما فهو للرجل ان كان حيا
او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول
لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة واما بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء
لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمملوك للحر في حال الحيوة لان الحر اقوى
لكون اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى فالاقوى اولى ولهذا
قلنا في الحرين ما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة كذلك والحي
منهما بعد الممات حرا كان او مملوكا هكذا وقع في عامة نسخ الجامع الصغير

بالاستعمال

بيان

الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض
النسخ منها وهو سهو والصواب اختيار العامة ولسيدي يعني له لانه لا يد للميت فحلت يد الحي عن المعارض
وهذا عند الحصر وقالا العبد المأذون له والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في
الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في يديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان
في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكذا لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات وكذلك لو تنازعا البيت
والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

فصل اعلم ذكر من لا يكون خصما اعم يكون خصما لان معرفة
الملكات قبل معرفة الاعدام فان هذا الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت هم من حيث الفرق
لا من حيث القصد الاصلي قال **وان قال المدعى عليه هذا الشيء او عنده اذا ادعى عينا**
في يد رجل انه ملكه فقال المدعى عليه هذا الشيء او عنده فلان الغائب او رهنه عندي او غصبه منه
او آجره منه او اعاره منه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة
لا تندفع وان اقاما وقال ابن ابي ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا
فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان مجهولا فكما قال ابن شبرمة ثم اذا استشهد الشهود فاما
ان يقولوا اودعه فلان يعرفونه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه
باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد وكالاول
عند ابي حنيفة وهذا خمسة اقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى وقيل لقبت بذلك للوجوه
الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهو المذكور اولا ان المدعى عليه اثبت ببينة الملك للغائب
بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء على اثبات
الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب ان مقتضى هذه البينة ثبوت الملك للغائب ولا
خصم فيه فلا يثبت ولا دفع الخصومات عن نفسه وهو خصم فيه وبناء الشيء على الاول ممنوع لانفكاك عنه كالوكيل
بنقل المرأة الى زوجها اذا اقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لعدم يد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع
الطلاق ما لم يحضر الغائب كما مر ولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعي عليه باقامة البينة ليس اثبات
الملك للغائب انما مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكفيه ذلك غنما ولا معتبر له ووجه
قول ابن ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فيثبت ان يده يد حفظ ولا حاجة
الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول خصما سخنا على نفسه فيؤاخذ في اقراره
فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال
يلزم اثبات اقراره بينة وهو غير مسموع في الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي
لا لاثبات الاقرار وجه قول ابي يوسف ان الحاضر من الناس قد يدفع مما اختص الناس سرا الخصومة
بواعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتاج لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله واما وجه

الفصل الاول فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فله وجهان
احدهما احتمال ان يكذب المدعي هو هذا المدعي حيث لم يعرفه والثاني انه ما احاله الى معين يكذب المدعي ايضا عند فلو
اندفعت الخصومة تضرر المدعي واما الفصل الثالث فوجه قول محمد فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله الى معين
الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال اقامه رجل لا اعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن علي رضي الله عنه
صلى انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال عليه السلام اذن لا تعرفه ووجه
قول ابي حنيفة ان المدعى عليه اثبت بينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه
للعلم بيقين حينئذ ان المدعي غير المدعى عليه فاذن الشهادة تفيد ان يده ليست بيد خصومة وهو المقصود
والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذلك ذي اليد يقر بخصم المدعي يقرا له تاما انما عليه ان يثبت
انه ليس بخصم وقد اثبت قوله والمدعي هو الذي اخذ بقيده جواب عن قول محمد لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي
ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من قبله حيث تشبث خصمه او من جهة شهود المدعى عليه و
ذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء
او عنده فان الاشارة المستقيمة لا تكون الا الى موجود في الحال واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان
اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع
عنه الخصومة بالحجة الدالة على الحقيقة واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه
ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وبايعه لا يثبت
ان ذمته كانت لغيره فلا يندفع عنه الخصومة قال ــــ وان قال ابتعته من الغاصب فهو خصم
واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغاصب فهو خصم لما زعم ان يده ملك اعترف بكونه خصما لان
قال المدعي غصبت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على البيع لا تندفع الخصومة
بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله لا يتصور ان يكون له ولغيره حق جواز
انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فانه يثبت ذو اليد
فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا لا تصح الدعوى على غير ذي اليد ويده متردة يحتمل ان يكون له فيكون
خصما ويحتمل ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال
المدعي سرق مني واقام ذو اليد البينة على فلان انه اودعه لم تندفع الخصومة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما لو قال غصبت مني على ما لم يسم فاعله و
لهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه هو الذي يده الا انه لم يعينه درءا للخديعة شفقة
عليه فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فيما يتعلق بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء حينئذ
اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بينة لم
تقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم يقض با
لعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك يبقى قطعت يده لظهورها فكان قصد العين الى المالك

فكان في جعله سارقا احتياطا للدرء بخلاف ما اذا قال غصب لانه لا حد فيه فلا يحتاج عنه كشفه
وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد قال اودعنيه فلان فذلك سقط الخصومة من غير
بينة لتداقهما على ان اصل الملك فيه لغيره فيكفي وصوله الى ذي اليد من جهته فلم يكن ذو اليد بخصومة
الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق باستلامه

باب ما يدعيه الرجلان

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في
بيان حكم الاثنين لان الواحد بعد الاثنين قال ــــ وان ادعى اثنان عينا وان ادعى
اثنان عينا في يد ثالث كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول
هما نصفان اي متساويان من المختار بكسر الهاء وهو السعة من الكلام والخطاء وفي قول يقرع بينهما لان
احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل
بكل واحدة منهما او يصار الى القرعة لانه صلى الله عليه وسلم اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا
في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك
بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي رضي الله عنه ان رجلين تنازعا
في عنز بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فقضى به رسول الله بينهما نصفين وعن ابي الدرداء رضي الله عنه
ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة فقال عليه السلام ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني
اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء تدلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى
به رسول الله عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن الحديث القرعة كان في الابتداء وقت اباحة
القمار ثم انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق فلا ايجاب الحق لمن خرجت له وكان
تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمارا فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احديهما بيقين لان
المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجهين فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك
غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري مشهودا على ذلك
والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما وقد امكن بالتنصيف
بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق قال ــــ فان ادعى كل واحد منهما نكاح
امرأة دعوى نكاح المرأة من رجلين اما ان يكون متعاقبة او لا فان كان الثاني لا بينة لهما فانها
ان تقر لاحدهما او لا فان اقرت فهي امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم تقض لواحد وان كان ثمة بينة
لمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار وان اقامها فاما ان يكون لا بينة
احدهما او لا فان كان ذلك فهي امرأته لان النقل الى بينة او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده اما
ان يقيم الخارج بينة على سبق نكاحه فانه تقبل لان الصريح اولى من الدلالة وان لم يكن ذلك فمن
اثبت سبق التاريخ فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يذكرا تاريخا لم يقض لواحد
منهما لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما فانها اقرت له انه تزوجها

او تزوجها قبل فهما امرأته لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ولو أقاما البينة يعمل قول صاحب
الوقت الأول أولى ليس بجلي لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعد عدة لاحتمال انقضاء العدة فيهما أما
إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأول طلقها وتزوجها الثاني والحل ان ذلك إنما
يجوز إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول وليس الكلام في ذلك وأيضا قد ذكرنا أنفا أن الثابت
بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الأول حكمنا به فكذا إذا ثبت بالبينة وإن كان الأول طلقها ثلاثا
أنفذ أحدهما والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى له بها ثم ادعى الآخر وأقام بينة على مثل ذلك لا يحكم بها
لأن القضاء الأول قد صح ومضى فلا ينقض بما هو دونه إلا أن يوقت شهود المدعي الثاني سابقا فينقض
لأنه ظهر الخطأ في الأول بقي قوله وكذا إذا أنكرت المرأة لا يدل زوج حر بيانه فإن ولو
ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى من هذا العبد عبدا لا يد رجل ادعى اثنان كل واحد منهما أنه
اشترى منه هذا العبد قال المص معناه من صاحب اليد احترازا عما سيأتي بعد هذه المسئلة وأقاما
على ذلك بينة من غير تاريخ فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي شهد
به بينته ورجع على البائع بنصف ثمنه إن كان قد نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان
دعواهما في الملك المطلق وأقاما البينة وإن شاء ترك لأن شرط العقد الذي يدعيه وهو اعتقاد الصفة
قد تغير عليه فلعله رغبة لا تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فإن قيل كذب أحد البينتين
متيقن لاستحالة قيام العقدين على عين واحدة كملكين في وقت واحد فينبغي أن تبطل البينتان
أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونه ملكا في وقت واحد بل شهدوا بنقل العقد فجاز أن يكون كل منهما عقد
سببا في وقت الحق له الشهادة به فإن قضى القاضي بينهما نصفين فقال أحدهما لا أختار لم يكن
للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد والعقد متى انفسخ بقضاء
القاضي لا يعود إلا بتجديد لم يوجد فإن قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه أجاب بقوله وهذا لأنه
خصم فيه أي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بطلاق ما قال ذلك قبل تخيير
القاضي وهو القضاء عليه حيث له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزال
المانع وهو مزاحمة الآخر وقوله حيث له أن يأخذ الجميع يشير إلى أن الخيار باق فلا كر بعض الشارحين
ناقلا من مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده أنه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا
فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ولو وقت أحدهما وقت
الآخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له
بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه يريد أحدهما فهو أولى لأن يمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه وتحقيق
ذلك يتوقف على عقدين أحدهما أن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات والثانية أن مانع العهد
البعد بعدية زمانية فهو بعد فإذا عرف هذا فقبض الأول وشراء غيره حادثان فيضافان إلى أقرب
الأوقات فيحكم بتقدمهما في الحال وقبض الأول مبني على شرائه ومتأخر عنه فكان بعد شرائه

ويلزم من ذلك أن يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه أقدم تاريخا وقد تقدم
أن التاريخ المتقدم أولى ولأنهما استويا في الإثبات وبينة غير القابض قد يكون مما ينقض اليد وقد لا يكون
فلا ينقض اليد الثابتة بالشك والحل بالفرق بين هذه وبين ما إذا ادعيا الشراء من اثنين و
وأقاما البينة وأحدهما قابض فإن الخارج هناك أولى والجواب أن كل واحد من المدعيين
محتاج إلى إثبات الملك لبائعه أولا فجمع لأحد البائعين بينة الخارج وذي اليد فكان بينة
الخارج أولى وههنا ليس كذلك وكذا إذا ذكر الآخر بينة الخارج وفيها قيد واليد أولى لأن يذكر الوقت
لأنه طرأ احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا أشار إلى قوله لأن يمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه الآن
يشهد شهود الخارج أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد فإنه ينتقض بها اليد لأن الصريح يفوق
الدلالة وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا قال المص معناه من واحد احترازا عما إذا كان ذكر
من اثنين كما سيجيء وأقاما بينة ولا تاريخ معها فالشراء أولى لأنه لكونه معاوضة من الجانبين فكان أقوى
ولأن الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا يثبته إلا بالقبض فكان الشراء والهبة ثابتين معا والشراء
مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض وقوله
لما بينا أشار إلى ما ذكر من الوجهين في الشراء أقوى وإن ادعى أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا
فهما سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه الترجيح فإن قيل لا نسلم التساوي فإن الصدقة لازمة لا تفتقر
الرجوع دون الهبة أجاب بقوله ولأنه ترجيح باللزوم وتقريره أن الترجيح باللزوم ترجيح بما يرجع
إلى الماهية أي بما يفيد الشيء في ثبوت الحكم إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولأنه ترجيح بما
يرجع إلى الماهية لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا أي الحكم بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة
كالحمام والدحى صحيح وكذا فيما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لأن كل واحد منهما أثبت قبضه في
الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا ينقض لهما
بشيء لأنهما تنفذ الهبة والشائع فصار كإقامة البينتين على الإرث فيقيد هذا قولا إلى حسمه وأما عند
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فينبغي أن ينقض لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والأصح أنه لا يقع
لأنهما جميعا لأن لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فإنما نقض بالعقد الذي شهد به شهودهما وعند اختلاف
العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتكثر الشيوع والملك المستفاد
بالهبة ما نوضحها فإن وإذا ادعى أحدهما الشراء إذا ادعى أحدهما الشراء أو ادعت امرأة
أنه تزوجها عليه وأقاما البينة ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء ينقض بالعبد بينهما لاستوائهما في
القوة فإن كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه والمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري
عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه وهذا عند أبي يوسف وقال محمد الشراء أولى لأن العمل بالبينتين ممكن
أمكن واجب لكونهما حجة من حجج الشرع فإن قدمنا النكاح بطل العمل بها لأن الشراء بعده يبطل إذا لم
تجز المرأة وإن قدمنا الشراء لم يبطل العمل بها لأن التزوج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة إن لم

بخبر صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج الهبة وذكر في الاسرار جواب الحديث عما قاله محمد ان المنصوص
من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشراء فهما سواء في حق ملك
الغير واذا ادعى رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة
اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض
بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعند الضمان اقوى من عقد التبرع ولان الهبة بشرط العوض فانها
اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان البيع عند ضمان يثبت الملك صورة ومعنى
والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكان موكذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والغرض
ان الاخر لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ
عبرة وان ارخ احدهما دون الاخر ففي النوادر عن ابي حنيفة انه يقضي بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد
اذ دعوى الملك المطلق هو اصح الروايات وعن ابي يوسف يقضي لمن ارخ وعن قول محمد يقضي لمن لم يؤرخ لانه يدعي اولية
الملك وسنبينه تمام بيانه ان شاء الله تعالى ولو ادعيا الشراء من واحد واقاما فلم يؤرخا او ارخا تاريخا
على السواء قضي بينهما وان ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه
فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الاخر اشتراه من غير مالك فكان بالملك قبل الاقرار فتعارضا وكذا الكتابة
من الحكم بين ان يكون البايع واحدا او اثنين وانما التفاوت بينهما اذا وقت احدهما دون الاخر على ما نذكر
بعيد هذا وقوله معناه من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة لانه لا تتفاوت اسباب الاحكام بين ان يكون
ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها
من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان اقام احدهما
على الشراء من زيد مثلا والاخر على الشراء من عمرو بكذا تاريخا واحدا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما
فيصير كانهما حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من فيلان كل واحد منهما بالخيار
ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقت احدهما دون الاخر قضي بينهما لان توقيت
احدهما لا يدل على تقديم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على
ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
ولو عاينا بيد الملك حكمنا به فكذا اذا اثبت بالبينة الا اذا بينا انه تقدم عليه شراء غيره ولو قال ان
يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ما ذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي
مشترك بين المسئلتين وذلك لا يدخل في الفرق لجواز ان يكون من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له
عيانا فيحكم به الا اذا بينا تقدم شراء غيره والجواب ان ذلك مدخل في الفرق لان البايع اذا كان
واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تاخر لم يضر
وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا

وفي ذلك تعارض ايضا فتعين قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء
من رجل والاخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر
واقاموا البينة على ذلك قضي به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من بائعهم فيجعل كانهم حضروا
واقاموا البينة على الملك المطلق والحاق البائعة بطريق التغليب كما في البايع واحد من المالكين
وكان المراد من مالكهم فافهم وان اقام الخارجان البينة على ملك مؤرخ وان اقام الخارج
البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو
رواية عن محمد رحمهم الله وعنه انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد روى ابن سماعة عنه انه رجع
عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وان كانت
من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا للتاريخ لان النتاج دليل على اولية الملك دون التاريخ لان
البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء بخلاف ما اذا اقاما
بالتاريخ على الشراء او احدهما اسبق من الاخر فان الاسبق اولى سواء كان البايع واحدا او اثنين
ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره
بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد
عينا واقر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا فقبلت بينة
ذي اليد لان العين لا بد وان يكون حتى تندفع عند دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة
ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينته بكذا التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى
انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كان الدار في ايديهما
كان صاحب الوقت الاول اولى لا قول ابي حنيفة وابي يوسف وفي قول محمد لا معتبر بالوقت لما بينا من
الدليل والجانبين ولو اقام الخارجان وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقت احدهما دون الاخر
فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما لو ادعى الشراء اذا ارخت احدهما كان صاحب التاريخ اولى وقلنا ولهما ان بينة ذي
اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته
وههنا وقع الشك لان ذلك لان يذكر تاريخ احدهما لم يجعل اليقين بان الاخر تلقاه من جهته
لامكان ان الاخر لو وقت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد
اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار بايديهما فاقام احدهما بينة على ملك مؤرخ والاخر على
مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف قيل الاستدلال بقوله ان بينة
ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لم يقل بذلك والا لزمه المسئلة الاولى
واجيب بان ذلك يجوز ان يكون قوله الاول ولو كانت العين في ايديهما فهما سواء يقضي بينهما نصفين
اي وقت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون الاخر فهما سواء يقضي بينهما نصفين

عند الامام وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لان الاطلاق دعوى اولية
الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب فكان ملكا للاصل وملك
الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك لا ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل
غيرا لاولية والترجيح بالتعيين ولابي حنيفة ان التاريخ يضاف الى زمان عدم المتقدم لان الذي
لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولا حق من حيث
ان دعوى الملك المطلق يحتمل من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقا من وجه
ولا حقا من وجه كان المؤرخ ايضا كذلك فاستويا في البين واللحق فيجعلان كانهما ملكا معا وعند ذلك
لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار فهو بخلاف
الشراء جوابه عن نفس الحديث ومعناه انه لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث فلا بد للحدوث من التاريخ
فيضاف الى اقرب الاوقات ويترجح جانب صاحب التاريخ فالـــــــ وان اقام الخارج وصاحب اليد
وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة للخارج بالنتاج فذو اليد اولى وهذا استحسان وفي القياس
الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها
اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لا يثبت بها استحقاق الملك
الثابت للخارج بوجه ما ولنا وجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولية
بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك بعد القضاء بها للخارج
او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذي اليد لم يكن مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج
لان النتاج لا يتكرر فاذا اثبتت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا
واعلم ان بينة ذي اليد انما ترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد غصبا او الغصب او الوديعة
او الاجارة او الرهن اما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ما هو ثابت
بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا فهذا اولى
قوله وهذا اي ما ذكرنا من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ وخلاف ما يقوله عيسى بن ابان
انه بينهما نصفان لان البينات وبينة الايدي ذي اليد لا على الحق القضاء لان القاضي يتيقن بكذب احدى البينتين لان
نتاج دابة من دابتين غير متصور بمسئلة كوفة ومكة ووجه صحة ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في الجامع ان
البينة على النتاج انه يقضى به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يقضى لذي اليد والجواب
عن قوله القاضي يتيقن بكذب احدى البينتين ما ذكرنا في شهادة الزور على الملكين ان كل واحد منهما
اعتمد شيئا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة بناء على ان الشهادة على النتاج ليست عبارة للانفصال من الام بل
برؤية الفصيل يتبع الناقة والفارة تظهر والحلف فيه انما لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف
ولو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل فان هناك بايعان واقام البينة على النتاج عند من
تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضى به لذي اليد كان البايعين قد حضرا واما على ذلك

بينة فانه يقضى به لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج وصاحب
النتاج اولى خارجا كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته
وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة الخارج بالنتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية الملك فلا
يثبت التلقي للآخر الا من جهته ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث البينة على النتاج يقضى له الآن
بعينها ذو اليد لان الثالث لم يكن مقضيا عليه بتلك القضية لان المقضي به الملك وثبوت الملك
بالبينة في حق شخص لا يتضمن ثبوته في حق آخر فان عاد ذو اليد ببينة قضى له بها تقدما على بينة ذي اليد
على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة
على النتاج تقبل وينتقض القضاء لانه بمنزلة النص لدلالته على الاولية فلما كان القضاء واقعا على
خلافه كان القضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لضرورة مقضيا عليه
لان باقامة البينة على النتاج يتبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فكيف يكون
مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح
بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انما يكون
عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عند وقت القضاء فترجح باجتهاده بينة الخارج عليها
وهذه البينة ما كانت قائمة عند حالة القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي
اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول فالـــــــ وكذلك النسيج والثياب التي
لا تنسج الا مرة قد تقدم ان القياس ما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة ذي
اليد وما ذهب اليه اصحابنا استحسان ترك به القياس بما روي جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل
واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله عم بها للذي هي في يده
فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه فما لا يتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه بها لان له دعوى
النتاج كما اذا ادعت غزلا فلها ان ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل في ثوب انه ملكه نسجه وهو
مما لا يتكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا
بانه صنعه او مرعزا وهو الصوف من تحت شعر العنز او صوفا مجزوزا بانه ملكه جزه من شاته
واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد لانه في
معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وما تكرر فقضى به للخارج كالخز ومواسم دابة ثم سمى
الثوب المتخذ من وبر خزا فهذا هو نسيج فاذا بلي نقض لعزه اخرى ونسيج فاذا ادعى في ثوب انه ملكه
من خز او ادعى دارا انه ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انه ملكه زرعها
او حبا آخر من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضى به للخارج
لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما قلنا واما في الباقية فان البناء يكون مرة بعد
اخرى وكذلك الغرس والحنطة والحبوب تزرع ثم تحصد بلا تراب فيميز الحبوب ثم يزرع ثانية واذا لم يكن

في معناه لا يلحق به فان اشكل شيء لا ينتفي بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل الخبرة ويبتني الحكم عليه
قال الله تعالى فسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان اشكل على اهل الخبرة فضربه الى الترجيح لان القضاء ببينة
من الاصل والعدول كان لخبرته الترجيح كما روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال ـــــ واذا اقام الخارج
البينة على الملك واذا اقام الخارج البينة على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد اولى لان الخارج ان كان
يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه ولا تنافي في هذا فصار كما لو اقر ذو اليد الملك للخارج ثم ادعى الشراء منه
واذا اقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد واقام ذو اليد البينة انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معها
فهما تناولتا الدار لاذي اليد قال المصنف هذا عند ابي حنيفة والي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يقضي بها لاكثر العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان
القبض دلالة السبق كالتاريخ ولابي حنيفة ان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعه اياه لان ذلك
يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار من
المشتري بالملك للبائع فصار كانهما متناقضان في الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا لان السبب يراد لحكمه
وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا
لا يمكن القضاء لذي اليد لانه علك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انتقض لبينة ملكه الى الخارج
فلم يكن السبب مفيدا للحكم بالنسبة اليه فبقي القضاء بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم لو شهد البينتان على نقد
الثمن فالقصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجوب القصاص معنى من كل جانب وان لم يشهدا على نقد
الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده فان البيعين لما بطلا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند
مشتريه فيتقابلان في الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف
التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وهو مثل هذا الاقرار تهاتر
الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس البيعان
ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول
شاركا فيما بقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن امكان العمل
بهما وههنا لم يمكن وان وقعت البينتان في العقار وقتين فاما ان يكون وقت الخارج اسبق او وقت
ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان يشهدوا بالقبض اولا فان كان وقت الخارج اسبق فان لم يشهدوا بالقبض
قضي بها لذي اليد عند ابي حنيفة والمذكور رحمهما الله فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من
صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على
ملكه وان شهدوا بالقبض يقضي بها لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها
وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضي للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا
بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا به فلما اشكل واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض
ثم باع من الخارج فيقضي بالتسليم اليه وللمرجح الوجهين في قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم

وهذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر من عارية او اجارة باعتبار اثبات
القبض قال ـــــ وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة وان اقام احد المدعيين شاهدين
والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة فاذا حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل
بل بقوة فيها الا ترى ان قبل لواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية اخرى كل واحد منهما علة بنفسه والخبر
يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة تترجح على المستورة
بالعدالة لان صفة الشهادة فلا يترجح بكثرة العدد لان ليست بصفة للشهادة بل هي علة والشهادة كل عدد
نصاب كامل قال ـــــ وان كانت الدار في يد رجل اذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان
احدهما جميع الدار والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثا ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة
اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العقد والمضاربة والاصل في ذلك ان عند
ابي حنيفة ان الملك بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يوجب جميع حقوقه كالبيع
والهبة والموصى له بالثلث فاذونه وغرماء الميت اذا صادفت التركة عند دينه والملك بسبب غير صحيح يوجد
ما يصيبه حكم المزاحمة كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب
حق العين كانت القسمة على طريق العقد كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق ثابت في العين فالقسمة
على طريق المنازعة كالقصاص اذا باع عبد رجلين من رجل فقتل آخر نفسه واجاز المولى البيعين فالقسمة
بين المشتريين بطريق المنازعة اربعا فعلى هذا امكن الاتفاق بينهما على العقد وعلى المنازعة والافتراق
فمتى اتفقا على العقد في العدول التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما
فلانهما وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومتى اتفقا عليه بطريق المنازعة
بيع القصاص اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان
حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومتى افترقا فيه ثلثا فعلى اصله ابي حنيفة
سبب استحقاق كل واحد منهما هو الشهادة ومتى يحتاجا الى انضمام القضاء بها كما تقدم فلم يكن سببا صحيحا
فكانت القسمة على طريق المنازعة فيقول مدعي النصف لا دعوى له في النصف الآخر فاقر به صاحب الجميع و
النصف الآخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا
النصف بينهما نصفين فيجعل لصاحب الجميع ثلثا ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد
من المدعيين في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب الثلث يزاحمه فيه صاحب
الكل بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه على طريق العقد فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف
صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه
المسئلة نظائر واصله لا يحتملها المختصر لت قال المص وقد ذكرناه في الزيادات فمن نظائرها الموصى له
بجميع الدار وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اعتدها العبد المأذون له المشترك اذا اذانه احد المولين
مائة درهم واجنبي مائة درهم فالقسمة بين المولى المديون والاجنبي عند ابي حنيفة على طريق العقد اثلاثا وعندهما

بلا بينة المنازعة اربعاً ثم تذكر الاصل المذكور يستدل عليك الاستخراج ق ــــ ولو كانت دار
في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان تدعي كل واحد من المدعيين ينصرف الى ما في يده لئلا يكون الامساك
ظلماً محلاً لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فاذا كانت الدار في ايديهما فمدعي
النصف لا يدعي على الآخر شيئاً ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقامها
فله جميع الدار يقضى له على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد و
بينة الخارج اولى فقضي له بذلك ويقضى له على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعه فلا
قضاء بدون الدعوى فيثبت له اليد ق ــــ واذا تنازعا في دابة اذا تنازعا اثنان في دابة واقام
كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة
صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال فيترجح وان استكملت للتاريخين فهما نصفين لتساقط التوقيت
فصار كانهما اقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا اليد كان وافق سن
الدابة تاريخه او استكمل فهي بالذي في يده اما لظهور علامة الصدق في شهوده او سقوط اعتبار التوقيت با
لاستكمال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد فالدعاة المتناقضة تهاترتا البينتان وترك
الدابة في يد ذي اليد قوله وان خالف سن الدابة الوقتين يعني الخارجين دخلت البينتان كذا ذكره الحاكم
لانه ظهر كذب الفريقين فلا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضاً فيترك
الدابة في يد من هي بيده قضاء لتركها لما لم يقم البينة ق ــــ والمبسوط الاصح ما قاله محمد من الجواب وهو
ان تكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في
دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك اذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت
لحقهما وفي هذا الموضع لا اعتبار لبطلان حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلاً وينظر الى مقصودهما وهو اثبات
الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت لحلت البينتان
وهو في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف يثبت له اليد مع قيام حجة الاستحقاق
وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كانت سن الدابة مشكلاً يقضى بينهما نصفين
وان كان مخالفاً للوقتين لا يقضى لهما بشيء ويترك في يد ذي اليد وهذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما
ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس باعتبار الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير
معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بنصف
والآخر بجميعه فهما سواء لان المدعي لما جحدهما غاصباً والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفان ــــ [illegible] التنازع [illegible] لما فرغ عن
بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بيان وقوعه بتجاهر اليد لما ان الاولى اقوى ولهذا اذا
قامت البينة لا يلتفت الى اليد ق ــــ واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة
احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه الظاهر لان الركوب يختص بالملك غالباً

وكذا اذا كان احدهما راكباً في السرج والآخر في الرسن والراكب في السرج اولى لما ذكرنا وفي الاصل في هذه
الرواية من النوادر واما في ظاهر الرواية فهما سواء فيقضى بينهما نصفان على ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانه نصفين
قول واحد لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير لاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف
واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه المتصرف ولهذا يعبر به
غاصباً ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به او كان جالساً عليه فهو بينهما لاستوائهما في القضاء
لان اليد على البساط اما بالتقرر والتحريك او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يداً عليه
فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيثبت في ايديهما وبهذا فرق بينه وبين الدابة اذا تنازعا
سائقاً حيث لم يقض بها بينهما لاطريق التنازع لا يفيد لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد يكون
بالاحتفاظ له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعدان كانت في مكانها الذي يثبت يد المحتفظ له فيه عليها لم تخرج الى مكان
آخر وكان يده ثابتة عليها كما كان ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا تجوز القضاء لجواز العلم
بان المدعي ليس له يد غير المدعيين ولم يوجد واذا كان في يد رجل وخرق منه يد رجل وخرق منه يد آخر فهو بينهما نصفان
لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكاً وهذا لا يوجب
الترجيح كما لو اقام احدهما شاهدين والآخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص
لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال واذا كان حبتي في يد رجل يدعي رقبته
فله خيار اما ان يكفر الحبتي حتى يعتق عن نفسه او لا فان كان الاول فان لم ينف فهو عبد ذي اليد وان نفاه
فقال انا حر فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وثابت بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انه عبدي فالقول
غير ذي اليد فهو عبد ذي اليد لانه اقر انه لا يد له على نفسه باقراره بالرق فيبطل الاقرار بالرق من المقر لا محالة
واقراره فيما غير مؤجة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين اجيب بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى
ذي اليد الا ان عند معارضة اياه يدعي الحرية لا يتقرر يده عليه وعند عدمها يتقرر فيكون القول حينئذ قوله في رقه
كالذي لا يعقل اذا كان في يده وان كان انثى فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمجنون
يد له على نفسه واعترض بالملتقط اذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وبان الرق من العوارض
اذ الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول بان فرض
الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط امين في اللقيط ويد الامين كيد الحاكم يد غيره فكانت لا بد له من وجه دون
وجه فلا يثبت بها الرق وعن الثاني بان الاصل يثبت بدليله يد لحظ خلافه واليد على من ذلك شأنه
لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل فلو كبر وادعى الحرية لم يكن القول قوله لظهور الرق عليه في حال
صغره ق ــــ واذا كان الحائط لرجل اذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه ولآخر
عليه هراديج جمع هردي وهي خشبات تضم ملوية بلحاقات من الكرم يتسلق عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب
عن الليث يقال له بالفارسية ورك وكل قوله الحائط لصاحب الجذوع والاقصار والهراديج ليس بشيء لان صاحب
الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعاها واحدهما راكبها وللآخر كثر متعلق بها

والمراد بالانقطاع المذكور في قوله او متصلا بينا انه مداخلة لبني جدار فيه ولبني هذا في جدار وقد بيني انقطاع
لتربيع وتعبير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انقطاع لبني الحائط المتنازع فيه داخلة في انقطاع
لبني غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى واما اذا
نقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه كما بعض بناته على بعض بناء هذا الحائط ومن
هذا يعلم ان من الانقطاع ما يكون انقطاع مجاورة وملازقة وعند التعارض انقطاع التربيع اولى وقوله والهرادي
ليس بشيء يعني قال محمد في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا
لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما يوضعان للاستظلال والحائط
لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه بواري قضي به بينهما ومعناه اذا عرف
كونه في ايديهما قضي به بينهما قضاء تاما وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه
يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضي بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما او
متجاوزا بالاكثر منها بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة فان الحائط يبنى لجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها
وان كان جذوع احدهما اقل من الثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه لرواية كتاب الاقرار حيث
قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب الثلاثة ما تحت جذعه يريد به حق الموضع فهو مصدر ميمي وقد اشار
اليه المص في رواية كتاب الدعوى كل واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون
لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشبتين يكون بينهما لاستوائهما في ذلك
كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ايات كما ذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق
لما ذكره في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول واكثرهم على انه يقضي به لصاحب الاكثر لان الحائط يبنى لاجل
خشبات الخشبة واحدة قوله والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلاثة الى آخره يعني ذلك استحسان و
القياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستحقاق
والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ووجه
الروايتين المذكورتين ووجه الرواية الثانية وهو قوله كل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستحقاق من كل
واحد منهما بقدر خشبته فالاستحقاق بحسب الاستحقاق ووجه الاولى ان الحائط يبنى لوضع الاكثر دون الواحد
والمفتي وان الظاهر شاهد لصاحب الاكثر الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا
يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان
القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المص من جعل الجذعين كجذع واحد هو قول بعض
المشايخ باعتبار ان التسقيف بهما كما في جذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلاث لامكان التسقيف
بهما ولو كان لاحدهما انقطاع وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر انقطاع وعلى الاولى وقع
في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع وانقطاع التربيع في احد
طرفي الحائط المتنازع فيه فالاولى لانه صاحب التصرف وصاحب الانقطاع صاحب اليد والتصرف اقوى ومن رجح

الحائط

بعض

بعض الآية السرخسي ويروى ان الثانية اولى لان الحائط بين الانقطاع صار كتابا واحدا ومن حق ورق
القضاء له بعض القضاء بكل لعدم الفائدة بالاشتراك ثم يبنى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر
ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر بدفعها كذا هنا حجة مطلقة وهذا رواية الطحاوي وصححها الجزء
ولو كان الانقطاع بطرفي الحائط المتنازع فيه فان صاحب الانقطاع اولى على اختيار عامة المشايخ وهكذا روي
عن ابي يوسف في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان
لاستوائهما في الاستحقاق وهو المرور وضرب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون احدهما
خراجيا والآخر جاديا الا في الانه ترجيح بما هو من جنس الحجة والحديث بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب
في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبة حيث يلقى صاحب الهدب واذا تنازعا في مقدار الثوب حيث
يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بان الهدب ليس
بثوب لكونه اسم الهنسوج فكان جميعها لمدعيه يد احدهما والآخر كالاجنبي عنه فالقي والثوب يحتاج
اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الثوب فيستدل به على كثرة حقه فيه واما في
الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء كلمتوبا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة
الطريق وضيقه حيث تجعل بينهما على قدر عرض باب الدار قال واذا ادعى رجلان ارضا اذا ادعى
رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما
لان اليد حق مقضي فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر احضارها
لا بد من البينة لانها تثبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت له يده لقيام الحجة فان اقام
البينة فقام على خصمه وحيث لم تثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد لان
خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقضي
يعني يجوز ان يكون متعلقه خصما فان اقاما البينة جعلت له ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم
يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشايخنا هذا قول ابي حنيفة وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى
ذكرها في كتاب القسمة وهي اذا كانت الدار في يدي ورثة حضور كبار اتفقوا عند القاضي انها ميراث لهم في ايديهم
من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات
وتركها ميراثا لهم وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها بينهم باقدارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم باقدارهم ومنهم
من قال المذكور هنا قولهما لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق البقاء لاجل
الحفظ والصيانة والعقار غير محتاج الى الحفظ فلم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاج الى ذلك
وان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هو في يده حلف كل واحد منهما ما هو في يد صاحبه على البتات وان حلفا
لم يقض لهما باليد ويرى كل واحد منهما عن دعوى صاحبه ويوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا
قضى لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضى عليه بنكوله للحالف بقضاء الذي كان
في يده وبقضاء الذي كان بيد صاحبه لنكوله واذا ادعى ارضا صحراء انها بايديهما كل واحد منهما يدعي ذلك

بحق

واحد مما لبس فيها او بينا او حقر منه لا يدل لوجوه التصرف والاستعمال من جزئه ذلك اثبات اليد
كالركوب على الدواب والبس الثياب

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا فقدمه
ف — واذا باع جارية فجاءت بولد اعلم ان البايع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشتري
فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او اكثر من سنتين او لما بينهما للتباين وكل وجه على
اربعة اوجه اما ان ادعى البايع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت به
لاكثر من ستة اشهر وقد ادعاه البايع وحده او المشتري وحده او ادعياه معا او على التعاقب فان جاءت
به لاقل من ستة اشهر وقد ادعاه البايع وحده فهو ابن البايع وامه ام ولد وفي القياس وهو قول زفر
وان نفى دعوته بالملك من البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه منافقا فلا يسمع دعواه كما لو قال
كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها واذا لم يكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذ لا نسب الا الجارية
بدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا بانتقال العلوق الى ملكه وفي ذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان
الظاهر عدم الزنا فتنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها قوله وجعل النسب على
الخفاء جبرا عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه
فينفي في التناقض وكذلك العتق والتدبير وما كالمرأة اذا اقامت البينة بعد الحكم على ان الزوج
كان طلقها ثلاثا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فيثبت انه باع ام ولد وذلك غير جائز
فينفسخ ويرد الثمن ان كان منقودا الا انه قبض بغرور وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان
دعوته دعوة حر والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها
امية الولد بالاتفاق ثم لا تصح من البايع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري
وان ادعياه معا يثبت النسب من البايع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان
في ملكه ولا يصح دعوة المشتري دعوة تحرير بدعاء اهل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة
الاستيلاد لانتفاء الاولى على الحال دون الثانية فكان البايع اولى قوله وهذه دعوة استيلاد وجوب
دخله تقرير كيف تصح الدعوى والملك معدوم ووجهه ان دعوة استيلاد وهي لا تفتقر الى قيام الملك
في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادعى المشتري بعد البايع
لاستغناء الولد حينئذ عن النسب وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه
المشتري او لا فان كان الاول صحت دعوة البايع لان الشاهد على كون الولد منه انتقال العلوق عليه
ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب بالحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا للامر على الصلاح ولا
يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق لاحق الولد ولا حق في الام
فلا يصير ام ولد واذا لم يصر ام ولد يبقى الدعوة الولد دعوة تحرير بغير الملك ليس له اهلا والبايع ليس
بمالك وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا صحت دعوة المشتري لان البايع

كالا

كالاجنبي وان جاءت به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري او لا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة
البايع فيه لاحتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل
البيع والولد حر والام ام ولد له في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه
المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه فيعتبر حالة اولى
وتكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حرا لاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه
ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البايع في هذه الحالة كالاجنبي هذا اذا كانت
المدة معلومة اما اذا كانت لم تعلم فانها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها
او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فدعوة البايع وحده لا تصح بغير تصديق المشتري لعدم
تيقن العلوق في ملكه ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البايع وان جاءت
به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري وان ادعياه معا لم تصح دعوة واحد منهما وكون الولد عبدا للمشتري
لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبايع وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان
النسب للمشتري فوقوع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل ما جانب المشتري يثبت في وجه
وفي جانب البايع في وجه واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة
فلا يكون معتبرا وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البايع لم تصح
دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما فان مات الولد
فادعاه البايع الاصل لهذه انه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة
ويبقى ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر
لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت حاجة الى ذلك فلا يثبت
استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسب الولد و
اخذه لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله لصلوح اعتقها ولده
قال له حين قبله وقد ولدت جارية القبطية ابراهيم من رسول الله لا تعتقها فالنسب الثابت
لها حق الحرية وله حق عتقها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يفرق بين
البيع وبين الثمن كله في قول الى حسه وقال ابو حنيفة الولد وابو حنيفة الام وهذا بناء على
ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة
فيضمنها وكذا المص رواية الجامع الصغير اعلما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق
المشتري الام وادعى البايع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد يسقط عنه عندهما وعند
ابي حنيفة يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته بالحالة اذا لم يصدقه المشتري
في دعواه فلا كذا الفرق استظهارا فانه كان معلوما في مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اعني ان

بثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد وهو يثبت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك
كما مر في الفصل الاول يعني فيما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في البيع
وهو الام فلا يمتنع بثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد يثبت العتق فيه
والنسب لكونه للعلوق في ملكه يبقى لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية في ملك البايع ومن كلامه بثبوت النسب
للولد ضرورة امه ام ولد للبايع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضرورته
اي ليس بثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورته ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد
المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو
ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لابيه فكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امراة على ان حرة
فولدت فاذا هي امة في الفصل الاول وهو ما اذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البايع بانه ولده قام المانع
بالاصل وهو الولد فيمتنع بثبوته اي بثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد فيه وفي البيع قوله ولما كان
الاعتاق مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البايع ومعناه ان الاعتاق من المشتري
كحق استحقاق النسب للولد وحق الاستيلاد للام في ان كل واحد منهما لا يحتمل النقض فيبطل احدهما
على فعل الآخر بترجيح من هذا الوجه وفرع على اذا باع جارية حبلى فولدت ولدين لاقل من واحد لاقل من ستة
اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البايع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى تبطل عتق المشتري وذلك
نقض العتق كما ذكر اجاب بان التوفيق في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما في الحكم
بضرورة حرية الاصل ثبوت النسب للآخر وقد قلنا ان يقال اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما من ضرورة
ثبوت العتق لاحدهما ثبوته في الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والفرق خلافه
ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت العتق في الآخر لزمه محاذير ثمة وفي ذلك محذور زايد فان عورض بان
البايع اذا ادعى النسب في الذي عنده لان ذلك سببا في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا
يعتبر قوله ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستيلاد فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت
للبايع في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونقض بالمالك القديم مع المشتري
من العدو فان المالك القديم ياخذه بالقيمة وان كان له حق الملك والمشتري حقيقة واجيب بانه
ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الترجيحات الحقيقية اولى في الجمع بينهما شبهة بين الراجح والمرجوح
ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان بناها على غلبة اهل الحرب فالمشتري لما اعطى من اموال
بدراهم وهو مجتهد فيه فاخطأ عن درجة الحقيقة فقلنا ياخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق
لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به تعين الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك قوله وقوله
في الفصل الاول يريد به ان ما تقدم من الجامع الصغير من قوله واذا اعتق المشتري الام لم تكن ابنه يريد عليه بحصة
من الثمن سواء قبضها وعند زفر يرد كل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله وهو الصحيح احتراز
عما ذكره شمس الائمة في المبسوط وفخر الاسلام والمجبوبي انه يرد ما يخص الولد من الثمن بخلاف المدبر

وفرقوا

وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب الراضي البايع فيما زعم وانها ام ولد حين جعلها معتقة المشتري
او مدبرة فلم يبق لزعمه عبرة واما في فصل الموت فنحن ما لم يجز الحكم بخلاف ما اذا زعم البايع فبقي زعمه
معتبرا لا حقه فيرد جميع الثمن والذي اختاره المص هو ما ذكره شمس الائمة الجامع الصغير بناء على ان ام
الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يستقيم كل الثمن والبيع لم يبطل والجارية ولهذا
لم يبطل اعتاق المشتري فبقي الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة
للولد الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل
القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة في
ومن باع عبدا وله ولد عنده والاصل في هذا انه اذا حدث في البيع ما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه
وعلى هذا اذا باع عبدا وله ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه المشتري من آخر ثم ادعاه
البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتمال النقض وما للبايع من حق الدعوة لا يحتمل فينتقض لاجله وكذا اذا
كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها لانه هذه العوارض يحتمل
النقض فينتقض لاجله ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لما تقدم وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري
اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض
فصار كاعتاقه وقد قلنا ان بعد الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فاستويا وان اما
الدعوة من المشتري ومن البايع فتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه
بان التساوي بين العتق والدعوة لا عدم احتمال النقض فلا يثبت البنية وترجيح دعوة المشتري على
دعوة البايع من حيث ان الولد قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب لا وقت لا مزاحم له فلا حاجة
الى الثانية ومن ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه وكلامه في ظاهره وذكر رواية الجامع الصغير
لاشتمالها على صورة بيع احدهما وادعى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري قال شمس الائمة يجوز ان
يقال عليه ان توأمان وقوله وبطل عتق المشتري ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بعد الاعتاق
وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التأويل وكلامه ظاهر وقد تقدم الكلام فيه سؤالا وجوابا قوله بخلاف
اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه معقودا يعني على تقدير تصحيح الدعوة من البايع وقد تقدم
ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق وهنا اي في مسئلة التوأمين يثبت بطلان اعتاق المشتري في
المشتري بتعارض حريته حرية الاصل لا حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله في يتعلق
بقوله يثبت والضمير للمشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله حريته واما البدل به اشار الى سببها
لينبغي بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا فكان خلفا بالنص لا ايطالا ولو لم يكن اصل
العلوق في ملك المدعي يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق
في ملكه انعدم شاهد الانتصار بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازا لقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد
التوأمين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محله لا يتعدى فكذا دعوة التحرير ونقض بما اذا اشترى الرجل

احد القرامين وابوه الآخر فالدعي احدهما الذي زيد انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ان لم
يقتصر دعوة التحرير على محل ولا بد مع عدم شاهد الانصار اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو
ان المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملك ابا وخاله فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب ملك
حاله فيعتق عليه ولا يلزم ما يقع مع دعوة التحرير قال ــــــ واذا كان الصبي زيد رجل اذا كان
الصبي زيد جلا فقد انه ابن عبده او ابن فلانة الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته
لو وقت هذا الوقات لا حالا ولا مستقبلا اما حالا فظاهر لرجوع المانع وهو تعلق حق الغير فاما
استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب
ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل بها قبل تكذيب من جهة المقر له فيفيد الملك
وفي الوجه الثاني تصح دعوته عند ابي حنيفة خلافا لهما لهما ان الاقرار بالنسب يرتد بالرد فهذا اذا اكذب على
الاقرار بنسب عبد فانه لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رد العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء
فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم
قال المشتري انا اعتقته فالولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو
لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق للغير على اعتبار تصديقه فيعتبر كما لو لاعنه
فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد
ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به ينفرد بشيئين خروجه
المقر عن الرجوع فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له به وتكذيب
العبد لا يبطل شيئا منهما اما الاول فلان تكذيبه لا يستوجب ما قلنا واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص
بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظير الفصل من الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فرد
شهادته لفسق او قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانه لا تقبل وكذلك اولاد الجارية المبيعة ولا كذلك
سيجيء انه على الخلاف لا يقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما قوله ومسئلة الولاء جوابه عن استشهادهما بها
بانها على الخلاف فلا ينهض شاهدا لهما ولكن الولاء قد يبطل باعراض الاقدر كجر الولاء من جانب الام
الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب
فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم الحال فكان دعوى
الولاء مصادفا لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك فيبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل
النقض وهذا يصلح مخرجا لرجلة على اصل ابي حنيفة فيمن يبيع الولد ويعاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك
فيقطع دعواه بان النسب لغيره قال ــــــ واذا كان الصبي يدعي مسلم ونصراني واذا كان
الصبي يدعيه مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان
الاسلام مرجح ايمانا والترجيح يستدعي التعارض ولا تعارض ههنا لان النظر للصبي واجب وتظهر
فيما ذكرنا اوفق لانه يتأثر شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ لا يلزم الوصاية ظاهرة وفي عكسه

اذ

الحكم بالاسلام اي يتأثر الحكم به بتعاوره فانه عن الحرية ليس له وشعبة اكتسابا ولا تلازم بقاء هذا
يخالف الكتاب وهو قوله ولعبد مؤمن خير من مشرك ولا يلزم التوحيد وان كانت ظاهرة كذا الوالدين
مانع فوزها الابوين الى كونها ابا لدعي ولا يلزم التوحيد وقد تقدم ان الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم
ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر المنظر فيذلك واختار الخرقي وبكذا ان يجاب عنه بان
قوله تراد عوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم وعدم النسب ثابت لان دعوته كالجمال المنتفي
فتعارضتا الآيتان والاحاديث الدالة على الرحمة بالصبيان نظر الحاكمة فانت اقوى من المانع وكفر
الآباء حجة والاصل عدمه الا ترى الى ما نثبت بالاسلام بعد الكفر الا ترى وبترك الحضانة لا يلزم رق
فيقلع منها بخلاف ترك النسب هنا فان المصير بعده الى الرق ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم بالصواب
فلو كانت دعوتها دعوة البنوة فالمسلم اولى منه حيث لا اسلام لو هو النصرانية ونقض بغلام نصراني بالغ
ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الفريقين بينة فقد
تساوى الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان تساويتا في اثبات
النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في
النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعتبر بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعتبران بعدم
الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لانه اشبه
المدعي من كونه يدعي حقا لنفسه قال ــــــ واذا ادعت المرأة صبيا اذا ادعت المرأة صبيا
انه ابنها فان كانت ذات زوج او معتدة او منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها
فيما زعمت انه ابنها منه يثبت النسب منها بالتسليم فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها
حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة فيه
لان النسب يحصل بها وهو الحجة والبداية اذا النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم
قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند ابي حنيفة الا اذا كان هناك
حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكتفى في الجميع بشهادة امرأة واحدة وقدر الطلاق وان لم تكن
ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان في الزامه على نفسها دون غيرها ولهذا لا فرق
بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا تقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لا والفرق هو الاصل ان كل
من يدعي امرا يمكنه اثباته بالبينة لا تقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان
انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفائه فيه
فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التهمة على احدهما ولو كان الصبي الذي ادعاه صبيا لا يعبر
عن نفسه فاما اذا عبر فالقول له ان صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر قال ــــــ
ومن اشترى جارية فولدت ولدا ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ
امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم استحقت الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع

ولو ادعوهم لآبائهم الزنى ولزوم حجة
عليه عن عمر بن ميمون جاءه مولى
رسول الله عليه وسلم فاخبره ان ادعوا الاربعة
حتى يرث ولدهم لآبائهم وهو حديث
في سوية الاخوات كذا في المعالم
كيف يكون هذا لانه يرد ويعلم
النص على ما اجاده الدرقي

وبالجواب انه يتقوى بقول الولد
البينة فالدعوى

فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على
الاب الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفدي الغلام والجارية بالجارية
يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب
رضي الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا فانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بمثله فلذلك لا يبدل الغلام
بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولان التغرير من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد
حر الاصل حق ابيه رقيقا في حق مدعيه لخلو الحاقه ثم الولد حاصل بان لسبب الضمان وهو المبيع
لانه حاصل بيده من غير صنعه يعني من غير فعله فكان كولد المغصوبة اما انه لا تضمن الا بالمنع وبتعذر
عتيا رقيقة يوم الخصومة لانه يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك
مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يختص لاعنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لا يبين حق
حر الاصل حتى فيه انه لا يقال ينبغي ان يكون مضمونا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق
المدعي لانه علق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق لاحقه من ضرورة العقد
بالقيمة والثابت بالضرورة لا يتعدى وضعها وانه لو فداه الاب من قيمته لوجود المنع وكذا لو فداه بغيره فاخذ
دينه لان سلامة بدله كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن
من قيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبايع ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع
اجزائه كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام لان الغرور يثبت بخلاف العقر لانه لا يرجع به عليه لانه
لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا لسلامته والله اعلم بالصواب

كتاب الاقرار

قال الشيخ الامام الزاهد رحمه الله في النهاية ذكر كتاب المدعي مع ذكر
بعضهم من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة لتناسب ذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى
المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر والانكار سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى
وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعد ما حصل من المنازعة بالاقرار او بالصلح فامر صاحب
المال ماله لا يخلو اما ان يستودعه اولا فان استودعه فلا يخلو اما ان يستودع بغيره او بنفسه
وقد ذكرنا استيداعه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بعاقله وذكر هنا استيداعه
بغيره وهو المضاربة وان لم يستودعه فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه
لم يتعلق به حكم في المعاملة فبقي حفظه بغيره وهو الوديعة قال واذا اقر الحر البالغ العاقل بالاقرار
مضمون من الاقرار فالاقرار في اللغة عبارة عن اثبات ما كان مستقرا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن
ثبوت الحق وشرطه سنذكره في اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على الحجر
لان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعنى بقوله صلى الله عليه وسلم الاقرار
الالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا بالاقرار والمعاقبة باعترافها فانه اذا كان
ملزما فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى ومن حجة قاصرة اما حجيته فلما بينا انه

ملزم

ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر على غيره وعضده ان الاقرار خبر مترادد بين الصدق
والكذب فلا يحتمله والمحتمل لا يصلح حجة ولكن يعد حجة بترجيح جانب الصدق باتفاق النهاية فيما يقر به على نفسه
فيبقى على الترجيح الثابت لصلاحيته للحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان
ملحقا بالحر في حق الاقرار ولكن الحجر عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص ولان هذا اعتبار
عن قوله اذا اقر الحر ولعله لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر يعني لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم
او لم يلزم فساكت عنه فلا يرد عليه شيء فيصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبد والصبي
اقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له وقوله لان اقراره الى آخره دليل
ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه غير موجب تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق
عليه لقصور الحجة بخلاف المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن بالتجارة اذن بما يلزمها
ومودين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح اذ قد يتعذر لهم الاشهاد في كل تجارة يعملونها
معه وغلاء الحدود والقصاص لان العبد وهي مبنية على اصل الحرية حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان
وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا مخاطبا بالادائية والادمية لا تنافي بالرق والابد
من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له
لانه يملك الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار
عن لزوم الحق فقد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه بقية من نصيب
لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعوارض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد
يلزم له مجهولا فالشهادة قد يلزم مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص
واشتراط يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا
وكذلك جهالة المقر هذا ان يقول لك علي واحد منا الف واذا اقر بالمجهول يقال له بين المجهول لانه المجاز واليه
البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح
اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ بصحيح اقراره وفي تلك اي الخروج اما يكون بالبيان وان قال له علي
شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا
عن الاقرار وفي تلك بالحال واذا لم يبين ماله قيمة تماما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عددا ذكر جنسه
او ثيابا فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان
المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال له فلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا
اذا قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجة او ولد
لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقد يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ
مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في جنة خلد او في قلعة
ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم

وانتهى بالاقرار
ملاعبين صح

وكونه مكلفا صح

وانتهى صح

صح لانه مال يجري فيه التمانع فان قد الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل
يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلم ينقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك
حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد اشار اليه بقوله هو يدل على العادة فان
ولو قال لفلان علي مال اذا قال في اقراره لفلان علي مال يرجع البيان اليه لكونه مجملا ويقبل قوله فيما بين الا
فيما دون الدرهم والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم قال
الشافعي هو مثل الاقل وقلت الغاية لوصف العظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد عظيما عند الناس والعشرة
بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلانه من البيان به فان بين بالمال الذي يكون فلا بد من بيان اقله ما يكون
نصابا في الابل خمس وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدينار يعتبر مثقالا وفي الدراهم
مائتان وان بين بغير درهم وان بين بغير فلا بد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم
يذكر محمد قول ابي حنيفة رحمه الله في الاصل في هذا الفصل وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة
لانه عظيم يقطع به اليد المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر علما يجب مراعاة اللفظ
فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة فان في النهاية والاصح على قوله ان
يبنى على حال الفقر والغنى فان العظيم عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم ولو قال
اموال عظام فالتقدير ثلثة نصب من اي نوع شاء اعتبار الادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل
من عشرة عند ابي حنيفة رحمه الله وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثة عند الشافعي لان الكثرة امر اضافي
تصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك
تارة يتعلق بالعشرة وباقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا من
اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يكن العمل بها اصلا فيجعل بقوله دراهم
ويصرف الى ثلثة وقالا امكن العمل بها كما لان في النصاب كثرة حكمية فالتمسك به اولى من الالغاء وقال
جمع الدراهم مميز يقع تمييزا لعدد واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد
يقال احد عشر درهما ومائة والف درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه لان
العمل بما دل عليه اللفظ اذا امكن ممكن ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة
بالاتفاق لانه اقل الجمع الصحيح الذي لا خلاف فيه بخلاف المثنى لان بين اكثرها لاحتمال اللفظ وكونه
عليه فلا تهمة ويصرف الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن
سبعة لكونه معتبرا في الشرع فان ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله
اعتباره بالمفسر فاذا تعين في الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك النوع وما يسمى ذلك جملا فاذا
قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال كذا كذا درهما كان كاحد عشر وان ثلث بغير واو لم يزد
على ذلك لعدم التكرر واذا قال كذا وكذا كان احدا وعشرين وان ثلثه بالواو كان مائة واحدا وعشرين
وان ربع يزاد الف ولو قال له علي او قبلي درهم اقرار بالدين لانه على للايجاب فيلزمه عن الضمان على ما مر

والعظيم عظيم عند كل

في الكفالة

في الكفالة ولو وصل المقر بهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لايجاب حفظ المعتمد والمال تحمله لكنه يغيب
عن موضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف في شرح المختصر يعني في مختصر القدوري في قوله فلان له اقرار
بامانة لان اللفظ يحتملها حيث صار قوله لا حق له علي فلان ابدا عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلها
يحمل عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكره الاصل لان الهداية
شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر ولو قال عندي
او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي وصندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده
واليد تتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة وتوقف بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين او وديعة
دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة اجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والآخر يوجب
الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واعمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان
الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل علي الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او
اخلني بها او قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما جرى جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا
الى المذكور اولا فكانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى
فكانه قال اتزن الالف التي لك علي ولو اجاب بنعم يكون غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا
لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكانه قال افعل وفي الناس والكسب المال وانت الدعوى بالمالية
انتقادا. وانقد للناس دراهمهم واما في قوله اخلني فلان الرجل لا يكفر لانه حق واجب واما في قد قبضتكها
فان القضاء يتلو الوجوب والدعوى بالابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة
والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة
الوجوب واذا قال له علي الف درهم الى سنة وقال المقر له هو حالة فالقول للمقر لان المقر اقر على نفسه وهو
وادعى حقا لنفسه فيه فلا يصدق كما اذا اقر بعبد في يد غيره وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف
ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مر المسئلة
في الكفالة ويستحلف المقر له على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من انكر وان قال له علي مائة وازن له كلها
دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجوع في تفسير المائة اليه لانه
المجمل وهو القياس في الدراهم ايضا وقال الشافعي لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير هنا لان
الدرهم معلوم عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغايرة فيثبت المائة على ابهامها كما في الفطر
الا في وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استعملوا تكرار الدرهم والكفر ابدا كرر عقيب العدد
بين والاستقلال فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب لكثرة اسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة
كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوت هذه الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاعتياض
بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها
فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العلف للتغير الا عند الضرورة

وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان المنسوب الى ما لا يكال ولا
يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل بيانا بالاتفاق لانه ذكر عددا بين
مبهمين واعتبرهما تفسيرا اذا الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغايرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما
في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا تصلح تفسيرا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد وا
ومن اقر بقرية لا قصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما
بكلمة في فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قصرة وهي بالتشديد والتخفيف وعاء التمر او
ثوبا في منديل او لحما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف
وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل ولحما من سفينة لم يلزم الا المظروف لان كلمة من للا
للا نتزاع فيكون اقرارا بغصب المنتزع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الا
لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول فالحاق آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة يعني ان الاقرار
اقرار بهما جميعا كقوله لا يلزم الا ضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة والحسن وزفر رحمهم الله وكذا اذا قال غصبت منه
لحما في بيت لزمه الدابة واللحم بدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما
غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد يدخلان في ضمانه دخولهما في
الاقرار لانه يبنى بعض العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والمحابل جمع محالة بكسر الحاء وهي علاقة
السيف والجلاهق بيت يتزين بالثياب والاسترة والعيدان بنزع النون جمع عود وهي الخشب وبقية
كلامه تعلم من الاصل المذكور قوله لان التفسير من التبيين قد يلحق في عشرة الثوب فيدل هو مستند من على اصله بما
بان فان غصبته كرباسا في عشرة الثوب عبر يلزمه الكل عند محمد وان عشرة الثوب حرير لا يجعل وعاء لكرباس
عادة قوله عطان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كان كل واحد منهما
موعى باعتبار الوعاء الذي هو ليس بموعى وهو كان لها هذا فاذا اختلف عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد
كان آخر كلامه لغوا وبقيت اول كلامه مجملا يعني ان يكون لا يعني البيت قوله لان الغصب لا يكثر المال
معناه ان الغصب لا يكثر الاجزاء لان الكثرة لا تزيد للمال عشرة دراهم وزنا وان جعلته الزجاج
لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

باب الاستثناء

لما كان موجب الاقرار بلا تغيير شرعا لا بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه لا كونه
تغييرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثني وهو العطف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي
ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه قال ومن استثنى متصلا باقرار ومن استثنى منفصلا
باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلقدم الاستثناء مع الجملة الصدر عبارة عن الباقي
لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال فانه قول
عامة العلماء ونقل ابن عباس رضي الله عنهما جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول لا فصل بين
كون المستثنى اقل او اكثر وموافقا قول الاكثر وقال الزفر استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم
بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل بالكل

ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا
ذكرين وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين و
ان كان السبب غير صالح مثل ان قال باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه يبقى مستحيلا لعدم تصورها
من الجنين لا حقيقة ولا حكما ظاهرا ولا كلا لانه لا يولد عليه فان قيل كيف كان ذلك رجوعا وهو في
الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين كما لو قال قلعت يده فلان عمدا و
خطاء ويده قائمة صحيحة وهذا بخلاف ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور
ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك كلا بانه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا تصور با
لنائب جاز للمقر اضافة الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح
عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها والاقرار
اذا صدر عن اهله لانه هو المفوض ولكنه اضافه الى المحل بما يدل على السبب الصالح حملا لكلام العاقل
على الصحة كما لعبد المأذون له اذا اقر بدين كان اقراره وان اهمل اقراره يكون صداقا او دين كفالة
والصحة بكونه من التجارة وكان صحيحا بمقتضى كلام العاقل ولابي يوسف ان مطلق الاقرار ينصرف
الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا اختص اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين على ما فيه
الشريك الآخر والعبد في حالة رؤية فيصير بدلالة العرف كالمصرح به ومن اقر بجارية او حمار شائع
لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد او هي بحملها لرجل ومات والمقر
وارثه ورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا اقر ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث لان هذه الصورة
لان من له ميراث له الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار له اقراره ثلثة ايام
فالاقرار صحيح يلزمه به ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار
للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا فالمطابقة للواقع فلا يتغير باختيار وان كان
كاذبا لم يتغير باختيار وعدم اختياره وانما تاثيره في العقود لتغير به صفة العقد وينجبر به بين نسخه
واقالته

باب الاستثناء وما في معناه

لما كان موجب الاقرار بلا تغيير شرعا لا بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه لا كونه
تغييرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثني وهو العطف وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي
ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه قال ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى منفصلا
باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلتقدم الاستثناء مع الجملة الصدر عبارة عن الباقي
لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول واما اشتراط الاتصال فانه قول
عامة العلماء ونقل ابن عباس رضي الله عنهما جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول لا فصل بين
كون المستثنى اقل او اكثر وموافقا قول الاكثر وقال الزفر استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم تتكلم
بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما نصفه او انقص منه قليلا او زد عليه واستثناء الكل بالكل

لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل
موصولا كان او منفصلا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء وهذا اذا كان الاستثناء
بغير ذلك اللفظ فانه يصح قال المصنف في الباب الاول من ايمان الزيادات استثناء الكل من الكل
انما لا يصح اذا كان الاستثناء بغير ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح اما اذا قال بغير
ذلك فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال لا عمرو وزينب وسعاد
حتى ان على الكل صح قيل وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل
بعد الثنيا لانه انما صار كلامه ما حرمه عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذلك
اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما تناوله الصدر والاستثناء من جاز من غير خلاف ما اذا كان بغير ذلك
اللفظ فانه لم يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا انما يصح اللفظ على المعنى واعمال المعنى اساس
فما وجه ذلك اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي الا ترى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا
اربعا صح الاستثناء ووقعت طلقتان وان كان الست لا يحتمله لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على
الثلث ومع هذا يجعل كانت طالقا ثلاثا الا اربعا فكان اعتبارا اولى ولو قال له علي مائة درهم الا
دينارا او الا قفيز حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز
خلافا لمحمد ولو قال له علي مائة الا ثوبا لم يصح عندنا خلافا للشافعي وقوله مبني على قواعد مرت والشافعي يصرفها
الى الفقه وغيره لان الكلام السابق يشتمل على الدينار والقفيز فذلك مقدر وعلى الثوب وهو غير مقدر فلا
ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ فذلك لا يتحقق اخلاف الجنس وهذا هو القياس والنص فوان
الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي وكلام
المصنف كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى منه شرط عندنا فيما يضاهيه وهو الحق وقرر الشارحون
كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عندهم يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس
بصحيح لانه يقدر بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة وعن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر
لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول متناولا لاحد جزئيه والى هو ان شرط
الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غير هالفظا لا يتاتى
فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه كما تناولها ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير
والمقدرات والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهر واما المقدرات فلانه يثبت الثمن باوصافها
فانها اذا وصفت ثبتت في الذمة حالا ومؤجلا وجاز الاستقراض بها واما العددي المتقارب
فلانه بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة
بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف وصار بقدر مستثنى من الدراهم بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا
ولهذا لا يجب على عقد المعاوضة بل يثبت سلما او ما هو في السلم كالبيع بثياب موصوفة والحاصل
بثمن لا يصلح مقدرا لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة

واما اذا كان بغير ذلك اللفظ؟

المستثنى

المستثنى منه فلا يصح الاستثناء ولو قال له علي ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم
وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي
يقتضي حقيقة التي تسن او معناه على ما ذكرنا من حيث اخص الاوصاف استحقاقا فلا بد من تقدير الجانس ثم
المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله ومن قال
لفلان علي مائة درهم ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب
ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال ان شاء الله انت طالق
عند ابي يوسف لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يخلو
وبقي الخلاف من غير شرط فيقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطله وان كان الثاني
فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون بالنسبة
الى المستقبل وهما متنافيان واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما
اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا اقدم الناس لانه نسب بتعليق طريق بيان
الملزم فيكون ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا
كما تقدم قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها النقض ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها
فانه لفلان له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان المستثنى من
متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يكن يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنى اما ان لفظ الدار لم يتناول
البناء مقصودا فلانه يدخله تبعا ولهذا لو باع الارض دخل البناء بدون التسمية لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل
يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف لفظي وقد تقدم ذلك والفصل في الثمر و
النخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها يدخلانه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا
منها صح كما قال لان ذلك داخل تحت لفظها ومقصودا حتى لو استحق البيت او بيع الدار سقط حصته من
الثمن ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك
فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن
بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء لا يتبعه بخلاف ما اذا قال
بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كان للمقر له لان الاقرار بالارض لا صالة اقرار بالبناء كالاقرار
بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان
الاقرار لانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيء يتبع احدهما الآخر كالارض والبناء وان كان لشخص
فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال
لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل البناء تابعا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلامه للمقر له
به لان الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما
فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كان للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله الارض

لي والبيع لفلان كان كما قال لان في الاقرار دعوى بعد الاقرار فلا يصح والثاني عكسه فصح فان
ولو قال لغيره الف درهم من ثمن عبد ومن قال له على الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر
العبد بعينه او لا فان كان الاول فهو على وجوه احدها ان يصدق المقر له فيقال له ان شئت سلم العبد
وخذ الالف والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة وفيه نظر لانهما اذا
تصادقا وثبت البيع بينهما يجبر المقر على التسليم فالحكم الامر بتسليم الثمن فيسلم العبد على المقر له والجواب ان
ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن فليس ملخوذ فيه كذلك فان كان كذلك كان حكما لا يدعيه احد
وفيه ذلك بالحد والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتك وانما بعتك عبدا غيره وسلمته اليك وفيه المال
لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما
لو قال لك علي الف غصبته منك وقال لا بل استودعت مني ولا تفاوت هذا يبين ان يكون يد المقر له و
المقر له والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وفيه لا يلزم المقر شيء لان المقر له اقر بالمال لا عوضا عن
العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم المقر له بدله وفي هذا ايضا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر او المقر له
فاذا كان في يد المقر يأخذ العبد ولو قال مع ذلك ادعى انكار العبد انما بعتك غيره يدعي لزوم المال ببيع
عبد آخر مخالفا لان المقر له يدعي تسليم عبد آخر والآخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والمقر ينكره واذا
تخالفا يحلف المال من المقر والعبد سالم للمقر له بلا يمين وان كان اقر له لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت
عند الى صحة وصلا او فصلا لانه رجوع عما اقر به فان اقر انه قبض رجوعا الى كلمة على وان كان البعض لا غير العين
ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او طارئة كما اذا اشترى عبدا او شاة
عينا لاختلاف باختلاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول فيه ذلك فوجب سقوط نقد الثمن
فاول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال
ابو يوسف ومحمد المقر له اما ان يصدق المقر له الجهة او لا فان صدقه فالقول للمقر له عدم القبض كما سيأتي
وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبض او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان اول
كلامه موجب وآخره قد يغيره لانه يجعله انشاء على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح
موصولا والمرجوع هو موجب قوله وان اقر انه باعه متاعا الى آخره وانما جبر عنه بذلك ليعلم ان الحكم
في المتاع كالعبد قوله وبه لا يتاء كد الوجوب لان مجرد وجود السبب وهو البيع لا يتاء كد وجوب الثمن
على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في جنبة الشراء لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن
عن المشتري لكنه يتاء كد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله فعبارته نظر لان قوله
فان اقر وافقه الغالب في السبب فلا يلزم وجوب وقد به لا يتاء كد الوجوب لا يطلق لذلك
وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء لعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الغالب في السبب
فيكون القول له يصح لانه في بيان التعليل ويصح استعارة ذلك ويمكن ان يقال جزاء محذوف
وتقديره فان وافقه الغالب في السبب والحاصل انه يجري السبب لا يتاء كد لكنه يتاء كد بالقبض فان الطالب متعينا

للقبض

للقبض والمقر ينكره فيكون القول له ولو قال ابتعت منه وفي بعض النسخ ابتعت منه بيعا او جميعا وفي
بعضها عينا الا انه لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن
لجواز ان يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته
القبض هذا مفهوم كلام المص وفيه نظر فانه اذا كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع الا وليس كذلك كما تقدم
في البيوع فان وكذلك لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف من ثمن خمر او من ثمن
خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رضي الله عنه وصلا او فصلا اذا لم يصدقه المقر له لانه
اقر بوجوب الثمن زعما انه لم يكن واجبا عليه لكن ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا اوصل يلزمه
شيء لانه يبين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب كقوله الخمر حرام يجري في الشيء والنفع وقد اعتاد الفسقة
شراءها واداء ثمنها ليجبر الله يبين اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا
فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله واجاب بان ذلك فعلهن لان صيغة وضعت له والتعليق يبين
اهل اللسان متعارف كالاستثناء فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فهو صيغة التعليق
لا يلزم حكم الارسال وهذا الجواب والايطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا فان
له على الف من ثمن متاع او قرضني الف وبين انها زيوف او بنهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند
ابي حنيفة وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال من سرقة او رصاص
لكن على احد قولي ابي يوسف فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال له انها زيوف بطلة
الاستثناء وعلى هذا اذا قال له على الف درهم زيوف من ثمن متاع لها انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا
اطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استثناء لا استبدالا
والستوقة مجازا لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكر آخرا كان
بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال له انها وزن خمسة وفي وجه ان هذا
رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد فيكون دعواه
بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري سليما فان القول للمشتري
لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع بها على الثمن فلم يكن
من مخالفة العقد فكان دعواها رجوعا فقوله وقوله انها وزن خمسة جواب عما استشهد به ووجهه
انه ليس تماما عن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار يخالف الجملة فانها وصف واستثناء الوصف
لا يجوز واستثناء البناء في الدار فان قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد
الا انها ردية لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان
الرداءة نوع لا عيب فان فسد فالجودة كذلك لما بينا انهما ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة
والحنطة متنوعة لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه اهل الخلقة السليمة والحنطة
قد يكون ردية في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة على نوع دون نوع

ولهذا لا يقع الدين بالحطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فلا يصح بيانه تغيير موجب اول الكلام فيقع موصولا
كان او مفصولا وعن ابي حنيفة غير رواية الاصول الفرض انه يصدق في الزيوف اذا وصلت لان المستقرض انما
يصير ضامنا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر
ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف والمراد بالاصول الجامعات والزيادات
والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية وعن الاصل والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية
والوفاق لفظ على الدرهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا في الاصول عن المشايخ
من قال يصدق بالاجماع اذا وصلت لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي على
الاختلاف لا يصدق عند مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى النقود لتعينها شرعا لا الى الاستهلاك
المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء ولو قال اغتصبت منه الف درهم او دعني القاضي قال على زيوف
او بنهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويدعى ما يملك فلا متعرض له في الجياد ولا تعامل في غصب الجياد
ولا تعامل في ابداعها بخلاف الاستقراض لان التعامل فيه بالجياد كما مر يكون بيان النوع فيقع وان كان
مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قوله الى حيث ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا فلا
يقبل اصلا فلا يمكن ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة و
الموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة فيكون متنوعا عيبا لا كالانوثة لكن قد لا يكون وحينئذ
يجوز ان يكون متنوعا وعيبا والغالب في ذلك ان ينظر الى الجهة المعتبرة لها فان اقتضت السلامة كانت
الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا
منها لتباينهما تناقضا في التقابل فكانت عيبا لان ضد السلامة عيب واذا لم يقتضها لا تتنوع عيبا
لمطلق الدراهم لاحتماله اياها احتمال الجنس الانواع والله اعلم بالصواب قوله ولهذا اي لاجل ان لا يقتضي
في الجياد لو جاز اداء المغصوب والوديعة بالعيب كان القول له فان الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول
للقابض ضمينا كان او امينا من المدعي انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقبض بالقرض اذ الموجب للضمان
هناك هو القبض وهو موجود هنا والوارد بالغصب والوديعة ثم قال في سنوية ورصاص موصولا صدق لان السنوة
ليست من جنس الدراهم كما مر فكان كلامه مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل ولو قال في هذا كله يعني
المذكور من البيع والقرض والغصب الف الا ان ينقص كذا فان وصل صدق لانه استثناء مقدار وقد
تقدم بيانه ولو كان الفصل جزءا انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير
وقد يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم الاحتراز عنه
قال ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها بان الغصب لا يختص بالمسلم قوله
ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله اخذت وسلبته او على
فعل غيره كما غصبت وان كان الاول واقعا لا يوجب الضمان بخلاف ما يقول اخذت وديعة فان صدقه المقر له
فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ بالقرض فالقول للمقر مع يمينه وادعى غيره ضمن المقر له فما

في الاول

في الاول متفقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر
ينكره فكان القول قوله خلاف الثانية وان كان الآخر ان يقول اغتصبني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن
والفرق ان في الاول قد سبب الضمان واذعاه بسببه وانكره الخصم فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم
سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان هذا لا عطاء والدفع لا يكون الا بقبضه فلما منع
قد يكون بالتحلية سلمناه لكنه ضرورة فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي
اخذ منه الدابة والمذهب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر اما اذا كان القول للمقر فظاهر جميعا لان
الملك فيه اذا كان معروفا فيه لا يكون بمجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احترازا عن قول بعضهم
ان القول هنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لاحد وقول وجه القياس ما بيناه في الوديعة اراد به
قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره القول المنكر وقوله فيكون القول قوله لا كيفية اي
كيفية ثبوت اليد انه باي طريق كان كقوله ملكت عبدي هذا الا اني لم اقبض الثمن او هذا الجنس كان القول له و
ان يزعم الآخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعه كالقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه احد
وكذا اذا هبت الريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله ليس هذا الفرق اشارة على الامام الغزنوي فيما ذكره ابت
الدين اي وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذ تها منه يجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد قال في الاجارة وفيها
ان العارية والشركة قد هلكا فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الصنع وقال في شروح الجامع الصغير هذا الفرق
ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وابي الفرق الصحيح ما ذكره الكرخي
وهذا اي الذي ذكره في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت مني فلانا الف درهم كانت لي عليه او اقرضته
الف ثم اخذتها منه واكد المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر
باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون
اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكر اما هنا بعينه في صورة
الاجارة واختيها فالمقبوض غيرها ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا على المتن
ليظهر التقديم والتأخير الواقع في كلام المصنف حسن التدبر ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب الاقرار المريض

اي اقرار المريض باب على حدة لاختصاصه
باحكام ليست للصحيح وآخره لان المرض بعد الصحة قال واذا اقر المريض بمرض موته اذا مرض
المديون ولزمته ديون حال مرضه بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه او مهر امرأة تزوجها
وعلم معاينة واقر المريض بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون
المقر بها وقال الشافعي دين الصحة والمرض سواء كان بسبب معلوم او لا يستوي بان الاستواء سببها
وهو الاقرار الصادر عن الاهلية اذ الترجيح للمضاف الى محل وهو الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء مقرر بالعبارة
او مساكنة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار عن الواجب في ذمته
ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض متضمن

لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاط الدين بماله
وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة
والمرض فانه لو كانا متساويين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة قال الاقرار
بالوارث في المرض صحيح ولا نعني بالصحة بقية الوارث اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب
والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت قوله
بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج
الاصلية والمرض غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالتصرف الى غير الادوية والاغذية قوله
وهو مذهب المتنبي يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك
فبالحلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج بشيء فان رابعة جاز ولثبت بحجابها لها قلم يكن من الحوائج الاصلية
اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحاكم مما لا يوقف عليه
قوله وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية
باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق
الغير غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيخف التعلق ولا يحتاج
الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل
سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة
لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اولها واخرها بعد اتصال الموت به حالة واحدة
لانه حالة الجزء فلا تنزل منزلة اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان
الاولى حالة الحلول وهذه حالة عجز فيفترقان فيمنع تعلق حق الغرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا
يمنع الاقرار اولا المرض عن الاقرار آخرا وهذا الدليل افاد التوفيق بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام
في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ
المعاين لا حق له فيقدم على المقر به ويجري مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية
يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته ولا غيره قال ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح الاقرار بالعين
في المرض كالاقرار بالدين فيه يمنعه عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض
الغرماء دون بعض سواء كان غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباقين فلا
يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص عندنا وقال الشافعي
سلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يتضرر بخوف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه
في الآخرة والنظر على وجه النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره قوله
الا اذا قضاها استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما اقترض في صحته
او تقدم من مشتري كذلك وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لانه كغير لانه

لم يبطل

لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر يعد له ارايت لو تلفا استرخص بعينه او فسخ البيع
ورد المبيع الا ان يمتنع سلامته للمرد وعليه لحق غرماء الصحة لا كذلك اذا تعلق بدله لانه حكم البدل
حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها وفضل شيء صرف الى ما اقر به في حالة المرض
لان الاقرار اذا كان صحيحا ارجحا على الصدق في حقه حجة عليه وانما كان حق الغرماء الصحة فاذا لم يبق
لهم حق ظهر صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تعلق البطلان
حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك في جميع تركته
فان قيل الشرع قد يعرف المريض على الثلث لقوله عم الثلث والثلث كثير فالثلث اقرب من قول عمر اجيب
بان ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضاء الدين من الحوائج
الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا
يقدم تجهيزه وتكفينه قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين
او بدين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي احد قوليه يصح لانه اظهار الحق لا باب لترجيح جانب
الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سببا في فكاك رقبته وصار كالاقرار لاجنبي ولوارث
آخر وبيانه مسئلة للوارث كما اذا اودع اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضر الوفاة الاب
قال استهلكتها ومات والكل بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقر له خاصة لان تعرف
المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا ترى انه ان كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه صار
مجهلا والتاوي لعدم الاوفية لوارث ولا اقرار له بالدين وموضوع الباب كذب الابن قال هذه الزيادة
غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وارادبه ما روي عنه اذا اقر الرجل المريض بدين لرجل غير
وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا
لان قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان حق الورثة يتعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من
التبرع على الوارث اصلا وفي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وقد حرمانا او ولانا بالاقرار بوارث
آخر وما اجبنا به عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء
الآمال وكلها هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والنيابة تمنع عن ذلك
لانها سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا
ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة لانه لو تحرز عن الاقرار بالمرض يمنع
الناس عن المعاملة معه فان قيل فما الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون
مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح
ولا استرباح مع الوارث لانه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث
آخر الحاجة ايضا وهو السؤال المذكور به آنفا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوا فصح
الاقرار قال واذا اقر المريض لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا

ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فكانت المسئلة معنونة مما تقدم الا انه ذكرها تعهيدا لذكر الفرع
القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جواز الاقرار بعد الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا
قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فينفذ الاقرار
في الثلث الباقي ثم وثم حتى يأتي على الكل وان قيل المريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة
فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في الثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو
من الابتداء فيجب ان تنفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث
بعد الدين محل تصرف المريض فكما ان الدين انعقد محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد
الوصية بشيء محل تصرف المريض وصيته بل الثلث محلها ليس الا فافترقا قال ومن اقر لاجنبي
الى آخره المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمر او غير مستمر وغير مستمر اما ان
يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت كالجد الغير او اما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث
حالة الاقرار كالجد او الغير وما الغير فاما ان يكون سبب الارث مما يستند الى وقت العلوق او لا واما ان يكون
اعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه فيما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالاجماع
وفيما كان وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتقاء بحجب كما اذا
اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان
الوارث بالموت فاذا لم يكن عند وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا خلف زوجته في مرضه
ثلثا وقد اقر لها بدين فلها الاقرار من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استغل ميراثها
وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار زيادة على ميراثها فلا تهمة في الاقرار فثبت
وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل الاقرار
خلافا لزفر اعتبارا لحاجة الاقرار لانه يوجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها
قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن
وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبية في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه
فيبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان بالمستند يتبين كون الاقرار
للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته بعد مضي العدة
ومات بطل الاقرار عند ابي حنيفة وجاز عند محمد وهو البطلان لانها ارثت بسبب حادث بعد
الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات وهو وجه قول ابي يوسف
وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت
التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول فتقرر صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال
زوال النكاح فلم يصح الاقرار **فصل** وكذا الاقرار بالنسب فصل على حدة بعد كذا الاقرار
بالمال لقلته ولصحة الاقرار بالولد ثلث شرائط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان

وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لا يمتنع ثبوته من غيره وان يصدق المقر به في اقراره
اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في دعوى النسب و
ولا يمتنع صح الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميل على
الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين
هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة
سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فيتحقق
المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو
رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصري والمذكور في المبسوط والايضاح
وجامع الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال
صاحب النهاية والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ويقيد اقرار المرأة بالوالدين والزوج
والمولى لما بينا انه اقر بما يلزمه الى آخره وقال في المبسوط واقرار المرأة يصح بثلثة نفر بالاب والزوج
ومولى العتاقة والام لا ذلك ما ذكرنا ولا يقيد بالولد لانه يحمل النسب على الغير اما الزوج لان
النسب صح قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او بشهادة
القابلة بالولادة اذ الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق
قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت
ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة فالولد يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون
اختها عنده المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق والنسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا
تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة
بعد الموت وعن ابي يوسف ان النكاح لا يبقى بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها
حق الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله لا
يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم
حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى وقت الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب
لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولهما ان هذا يعارض فيقول لا يصح التصديق
على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار ولما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى وقت الاقرار و
يفسد بما ذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للوارث عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح
المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون المرأة كتابية فلم يعتبر
قائما باعتبار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين ومن اقر بنسب من غير الوالدين
حمل فيه على الغير اما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف فيها كان كذوي الفروض والعصبات

باب

يمتنع صح

سواء كان اعلى او اسفل جانبه

مطلقا او بعيدا كذوي الارحام او لا يكون فان كان فهو الى بالميراث من المقر لهذا لانه لما لم يثبت نسبه لم
يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه انما يستحق بالنسب وباستحقاق ما له بعده و
الاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لانه التصرف في ماله نفسه عند عدم الغريم
والوارث حتى لو اوصى بجميعه يستحق الموصى له وبقية كلامه لا يحتاج الى بيان قوله ومن مات ابوه فاقر
باخ لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه الوارث وعلى الغير غير
صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور من المذهب وان كان المقر واحدا بنين لم يثبت النسب ايضا والمقر له
يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقرار تضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك
في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت ولد ذلك الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رحمه الله اذا اقر احد البنين
باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان
المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فينفذ في حصته وبطل في حصة الاخ ولابي حنيفة ان زعم المقر انه يساويه
في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية قال ومن
مات وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين
لا شيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرنا من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فيقع على نفسه
ولا يقع عليهما يحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه قبض منه الخمسين ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار
بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بتقدم معنى على ما مر ان الديون تقضى بامثالها واقرار الوارث
بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب
عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين
قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجوب الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين
قبل الوراثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر
فان في زعمه ان المقبوض على التركة كلها في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض
مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا
بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع بعد ان المرجح
هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع
القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض شيئا وله عليه الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض
القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ويرجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي
الى الدور ولا يقال اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره
ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب
ان المظلوم لا يظلم غيره ولكن في زعمه يسد الرجوع بظالم بالمطالبة باتمام حقه كذا في
الصلح قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي اصطلاح

الفقهاء

الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وقد بيناه في التقرير و
شرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما
يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح عن ذلك الجنس فقدم الصلح
نفعا المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط خلافا
الاول لانه طلب المبيع من غيره ومن طلب المبيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقبل الطالب
قبلت وحكمه عند ذلك للمدعي المصالح عليه متى كان الخصم اقر او قرعه للمدعي عليه في الصلح عنه ان كان
مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا لحكمه وقدم البراءة عن دعوى المدعي احتمال
المصالح عنه التمليك اولا وانما عبر بحسب احوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على
القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة قال الصلح على ثلاثة اضرب الحص
على هذه الانواع ضرورتي لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي
والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقولنا مجيبا وكلامه ذلك جائز لقوله تعالى و
الصلح خير فانه باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح
عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فان كان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص
السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا لان الصلح خير فكان عاما لانه وقع قوله ان يصالحا
في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه فان قيل سلمناه لكن
صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المدعي وصلح من ادعى فدفعا على آخر وصلح من ادعى
امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فينصرف الى الادنى وهو الصلح عن الاقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق
لبعض الموانع بما نع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقائل ان يقول كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل
حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار او السكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا وفي ذلك حرام غير
مشروع بالحديث المروي ولان للمدعي عليه بدفع المال لدفع الخصومة وهتك ستره وهي حرام ولنا ما تلونا
من قوله تعالى والصلح خير واقواما رويناه من الحديث وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين وتاويل آخر
احل حراما العينة كالخمر وحرم حلالا العينة كالصلح على ان لا يطأ الضرة او لا يتسرى والحمل على ذلك واجب
لئلا يبطل العمل به اصلا وفي ذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح
في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على الباقي الى تمام الحق كان حلالا للمدعي وقبل الصلح وحرم
بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده وعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما
لعينه ولا شك ان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضي بجواز الرجوع المقتضي و
انتفاء المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان
المدعي باخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعى عليه بدفعه لدفع
الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذ المال وقاية الانفس ودافع الظلم عن نفسه بالرشوة امر جائز

لا يقال لا نسلم الجواز لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على
صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث و
اما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا
اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان لا يجوز لان
هذا الصلح في زعم المدعي عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه
بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس
قال وان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في
البياعات لرجوعه معنى الى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فيجري فيه الشفعة في العقار
ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وتفسد جهالة المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة دون
جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا يبنى على الخلاف بل فيه تفصيل سنجيء الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار
بدله على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على
مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض هذا المدعي فاصطلحا
على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا لم يبينه على ان يترك الآخر
دعواه على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى
حقا في دار زيد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما
ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه
جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك
كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسليم هي المفسدة في الاجارة فيمنع التسليم والتسلم
جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع وان كان عن
مال ومنافع يعتبر بالاجارة لرجوعه معنى الى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استئجارها
بعقد الاجارة يجوز استئجارها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال
ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني لا لصيغها بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح عند
احدهما في المدة كالاجارة واما اذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعي عليه لافتداء اليمين
وقطع الخصومة وفي حق المدعي عين المعاوضة لما بينا ان للمدعي ان يأخذ عوضا في زعمه فان قيل العقد
لما اتصف بصفة كيف يتصف باخرى تقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد لاختلاف
يختلف حكم الاقالة فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل
في حق امرأته والتحريم المؤبد في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر
واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك ولان حمله على الانكار

اولى

اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل قال واذا صالح عن دار اذا صالح عن دار
عن انكار او سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها اي المدعي عليه يستبقي الدار على ملكه لانه يفتدي بها
ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمدعي يأخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على
دار لان المدعي يأخذ عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقرار وان كان
المدعى عليه يكذبه صار كانه قال اشتريها من المدعي عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار او انكار بعض
المصالح عنه رجع المدعي عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة
كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي
بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع
الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مستحق على عوض المدعي عليه
فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على عوض دفعه الى رب الدين ثم ادى بنفسه فلاداء الكفيل
فانه يسترده لعدم اشتماله على عوضه وتوقف بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه فدفع المدعي الى ذي
اليد شيئا على جهة الصلح واخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور
استحقاق يتبين ان المال في يده مستحق على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه
مضطر الى دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة
فيرجع واما المدعى عليه فلولا حيرته في دعواه فكان الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الا
استحقاق فلا يسترده وان كان بعض المصالح به المدعي حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه
اي في اصل الدعوى اما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما لقدر
الحصة فلخلو العوض في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولكن استحق للمصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل
المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى عليه لم يبدل الصلح ولم يسلم فيرجع عليه لما في البيع وان كان بعض رجع
بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى لا كما او بعضه بحسب
الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجر لفظ البيع في الصلح اما اذا كان اجرى كما اذا ادعى
دارا وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار ثم استحقت فان
المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ لا
شأن لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع وكذلك لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو علك بدل
الصلح قبل التسليم الى المدعي والجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار والانكار فان
كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى قال وان ادعى
حقا في دار هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيدها ولو ادعى دارا
فصالح عن قطعة متداعيين من بيدها بعينه لم يقع الصلح لان ما قبضه بعض حقه وبدل على دعواه في الباقي
وقبضه بعينه لانه استوفى بعض حقه وابراء عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه

الصلح

سواء وذكر شيخ الاسلام انه لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء
لاتى عينا وفي عوض والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا العين
صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم
عن دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة حتى شرط
شرائط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدل عينا
او منفعة قال — للص والوجه فيه ان الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد امرين ان يزيد
درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى ما بقي فان قال برئت من
دعوى في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو الصحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل
وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعوى او خصومتي في هذه الدار كان
باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء عن الخصام لا عن الدعوى
وقد برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات
في تقليد هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك
بخلاف قوله برأت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فكان هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب
الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وبظاهر

فصل

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز
فقال — والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب
العقود اليه واشبهها به اعني الا تصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال عار كان في معنى البيع
كالمقر واذا كان عن المنافع فهو كالاجارة كما اذا ادعى بيت دار مات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء
كان في معنى الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح عن جناية العمد او الخطاء
صح اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء ووجه الاستدلال على احد معنييه وهو قول ابن عباس
والحسن والضحاك كمن اعطي له في سهوله في من اخيه المقتول شيء من المال فليتبع الصلح فاتباع اي فلولي القتيل
اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء اي على المصالح اداء ذلك
الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية العمد واما
المعنى الآخر وهو المروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه الدين وهو
المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية
على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي
بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس في
دليل على المطلوب ظاهر افلهذا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح قوله وهو بمنزلة النكاح اشارة
الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح عند عدم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كلا واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن

حيث ان كلا واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه فاصلح ان يكون مسمى في النكاح صلح
ههنا فلو صالح على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في
الصلح وان صالح على ذلك ابدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا بجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه
غير لازم ولا هو ملتزم الا يرى ان الصلح عن القتل العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا وانه
اذا صالح على ان يعفو من عليه عن قصاصه على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون العوض
مالا منصوص عليه بقوله تعالى وان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض
فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا اعتذر
التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا يعني لكنه اي لكن اذا فسد التسمية فاحشة او بسبب جهالة
ما ليس بمال المتقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح عن رقبة او دم عبد غير معين يصار الى الدية لان الولي
ما رضي بسقوط حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا يتحمله العاقلة
لوجوبه بعقد وان كان الثاني كما لو صالح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار وكان السكوت
عنه سببا ولو سكت يبقى العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل والفصل اي
لا فصل بتسمية المال المحرم وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه فكما قال الله تعالى قد علمنا
ما فرضنا عليهم في ازواجهم ومرضه اصلا الفقه وتحقيقه ان المهر مفروض لمن عقد النكاح فانه ما شرعا
بالمال فاذا لم يكن المسمى مالا صار كما لو لم يسم مهرا ولو لم يسم مهرا وجب مهر المثل فكذا هنا واما الصلح
فليس مفروضا له وجب المال فانه لو عفى بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب
ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من ضرورته ويدخل الطلاق جواب الكتاب
وهو قوله ويصح عن جناية العمد الجناية في النفس وما دونها وهذا اي الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة
على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق ان يتملك فذلك لا يكون في الحال قابلا للتملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما
ليس بشيء ثابت في الحال فلذلك وسقوطه حرام اما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان
اخذ العوض عما هو ثابت له في الحال فكان صحيحا واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت
وقيد بقوله عن الشفعة على مال احترازا عن الصلح على اخذ بيت بعينه من الدار بعض معين فان الصلح مع
الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بعضه من الثمن فانه لا يصح لان حقه مجهول لكنه لا يبطل
شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح بالنص بمنزلة حق الشفعة يعني اذا
كفل عن نفسه رجل بجاء بالمكفول او صالح الكفيل على شيء من المال على ان يأخذ المكفول له ويخرج الكفيل عن
الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال عن في بطلان الكفالة رواية في رواية كتاب الشفعة والحوالة
والكفالة يبطل وفي رواية ابي حفص وابي يعني لان الشفعة لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي
الصلح من رواية ابي سليمان لا يبطل لان الكفالة بالنفس قد تكون موصلة الى المال فاخذت حكمه من هذا
الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا واما الدية وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير

البيع بمنزلته ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية او لا والاول اما ان يكون منفردا او منضما
الى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا
والمقدر الشرعي لا يتبدل بهذه الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس
تقديره شرعا فكانت الزيادة ابدالا لبدل القصاص فيصح بخلاف الواجب ان لا يقابله مال ولكنا سببنا النكاح
في تفويته بالعقد فجاز ان يأتي مقدارا متراضيا عليه كالشبهة في النكاح وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا
وآخر خطأ ثم صالح اولياءهما على اكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب
العمد يكون عليه لرجل مائة دينار ولآخر الف درهم فصالحهما على الف الا درهم فلصاحب الالف الالف والباقي
لصاحب الدنانير الا اذا صالح على مكيل او موزون جاز بالزيادة على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه
يشترط القبض في المجلس كما لا يجوز اقراضا عن الدية بدين بدل الصلح ولو قضى القاضي باختصاص بدل الدية
مثلا ان قضى بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائة بغنم جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل
وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح
بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق الشهود ولو قضى القاضي باحد
المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا قال ولا يجوز عن دعوى حد الاصل في هذا
ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا اخذ رجلا بنانا او سارقا او شاربا فعفى وارادا ان يرفعه الى الحاكم فصالحه
الآخذ على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله والاعتياض
عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على عزم الحلال او تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل ميتا هو بيدها
انه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع الزوجية وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح
من النسب على مائة درهم فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا اشترى رجل
الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فكان لهم ان ينازعوا واحدهم بذلك
وقيد بقوله الى طريق العامة لان الخلة اذا كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل من اهل الطريق جاز الصلح
لان الطريق مملوك لاهله فيملك حق الافراد والصلح معه ممكن لانه يسقط حقه ويتصل به الى عقيل
رض الباقي وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الخلة لو صالح العام على دراهم ليترك الخلة جاز اذا كان
في ذلك صلاح المسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض للامام عن السكة العامة جائز ولهذا
لو باع شيئا من بيت المال صح وهذا القذف داخل لا يجب بالحدود لان المغلب فيه حق الشرع ولهذا لا يجوز
عفوه ولا يورث بخلاف القصاص قال واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا هذا بناء على الاصل
المار ان الصلح يجب اجتناب ما يفضي العقود اليه شبهة واذا جحدت النكاح فصالحها على مال بذلته امكن
تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه بذلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والصلح الحرام في جانبها
فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لان حاجزا كان خلعا في زعمه ولا بد في اقامتها
بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا لعام في جميع انواع الصلح

الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون عليكما على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت
امرأة على رجل انها حافظها على مال بذله لها اختلف مشايخ الخنفية في ذلك فتوقف بعضهم جاز وفي بعضها
لم يجز وجه الاول ان يجعل كان الزوج باعطائه بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني انه لذلك
لها ليترك الدعوى فان جعلت الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة اذا امكنت ابن
زوجها وان لم يجعل فرقة فالحاق على ملكان عليه بقدر الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها
على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن غيره شيء يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهولا
الحاق انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فاقرب العقود اليه شبهة العتق على مال فيجعل بمنزلة الاكراه
بتصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يقع على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا بعقابه ما يشبه
النكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان ويجعل حق المدعي عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الا
في الا انه لا يثبت الولاء لانكار العبد الا ان يقيم البينة فيقبل ويثبت الولاء لانه صالحه بعد كونه عبدا
له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال فيثبت الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن
نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبده اي العبد المأذون له رجلا فصالح عنه جاز سواء
كان عليه دين او لا والفرق ان رقبته ليست حاصلة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعا وان
جاز اجارة فلا يجوز ان يستخلص رقبته بمال المولى فصار كالاجنبي اذا صار العبد كالاجنبي في حق نفسه
لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا هنا اما عبد من تجارته
وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصه وتحقيق هذا ان المستحق قائما بدل عن ملكه فصار كانه صالح
المولى ولهذا كان له ان يتملكه وهذا لان الصلح كما انه شراء وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملكه
المولى لا يملك شراءه فكذا لا يملك الصلح وكما يجب بالفرقة بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن
نفسه جاز فاجيب بان المكاتب حر يدا وكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه
ثم صالح العبد المأذون له وان لم يصح لكن لمولى القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل
فصح العفو ولم يجب البدل لحق المولى فاخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح
لحق المولى فصار كانه صالحه على بدل موجل يؤخذ به بعد العتق ولو قتل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان
يقتل ولا ان يبيعه بشيء ما لم يعتق فكذا هنا قال ومن غصب ثوبا يساوي ثلاثة دراهم من
اهل الكتاب بنسيئة الدراهم الواجب بالغصب يساوي واغا خصه بالذكر اشارة الى كون معلوم القيمة كذلك فيما
معلوم القيمة وكذلك فيما هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من
النقود جاز عند ابي حنيفة وقال لا يجوز النقد على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج
الى الصلح غالبا وقيد بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز بالاجماع
سواء كانا اكثر من قيمته او لا لكن القبض شرط وان كانا باعيانهما لئلا يلزم الكالئ بالكالئ وقيد بكونه
معلوم القيمة ليظهر التعبير الآخر المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب

اذا كان فاعلا جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف
في الذمة حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع لا مقابلة عين المغصوب
حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة وعندهما عقابلة قيمة المغصوب فقالا ان الواجب
هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح
على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تقويم المقومين
فلا تظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على تلك المالكية ما لم
يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن
عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون
عوضا عن ملكه في الثوب او العبد ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب
على الغاصب هو العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤديه وهو الاصل والغصب انما يوجب القيمة
عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين فكان ذلك ضرورة الانصراف اليه لا عند العجز فاذا صالح
عن شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربوا وفي كلام المص
تسامح لانه وضع المسئلة في القيمة وكذا الدليل المثلي فان وجب المثل صورة ومعنى اما هو في المثليات
ولا انصراف الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فحينئذ يصار اليها ويمكن ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان
المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل الى القيمة الا بالقضاء فقيله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون
ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة وانقضى بالصالح على الطعام موصوف في الذمة
الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة
القيمة مبيع وبالصالح من الدية على اكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب المستهلك
لا يوقف على الله فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صالحه على ذلك حالا جاز وبان البدل في مقابلة
الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المتقوم وعورض بدليل ابي حنيفة بانه لو باع المغصوب بعد الهلاك
او الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم لجاز واجيب بان البيع يقتضي قيام مال
حقيقة لكون عليه مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيكون تصحيحه استقالة وصحته
لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة قوله واذا كان العبد بين رجلين الى آخره ظاهر والمراد بالنصر ما قرب في العتاق
من قوله صلى الله عليه وسلم من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا الى يسعى
العبد

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرء لنفسه
اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العادة لغيره متبرع فان
ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عن الموكل
في رواية المص وروي عنه ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمن والمال لازم للموكل في قوله ثم وان
اشاء فلها اعليها وهذا ما تدل بدل ظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه

يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المص وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان
الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه الا ان
يضمنه لانه حينئذ اخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع
فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون للطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل وكذا في شرح الطحاوي والقدوري على
الكلام جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا يدل ويد المسئلة من قبل آخر وهو ان لا يكون
الصلح الا المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان وهما لان الصلح على الانكار معا
وضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه مع الخصم وقال
وان صالح عنه رجل بغير امره وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ووجه ذلك ان الفضولي
عند الصلح على مال اما ان قرن بذكر المال ضمان نفسه او لا فان لا فهو الوجه الاول والثاني اما ان اضاف
المال الى نفسه او لا فان لا فهو الوجه الثاني والثالث اما ان سلم المال المذكور او لا فان لا فهو الوجه الثالث
والثاني هو الرابع وكذلك وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا او
منكرا وكل منهما اما ان قرن به التسليم او لم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف ولكن
عرف وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم والمنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال
العبد الضعيف ووجه آخر اما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن ثم الصلح لان الحاصل للمدعي عليه
ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله
لا يختص باحد فصح ان يكون اصيلا في هذا الضمان اذا اضاف الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب
المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعي عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف
ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي الا بجبر الدين المدعى به ملكا للمصالح
وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي له يد يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر
لا بطريق المبادلة فاذا استسلم شيئا فاتى شيء يثبت له بعد ذلك والفرق في هذا اي لان المصالح
لا يملك الدين المدعى به يعني ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا
شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يجبر مشتريا ما في ذمته
بما ادى الآن شراء الدين من قبض عليه الدين غلبكه من غير عليه وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا
كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يجبر مشتريا بالنقد اذا كان بغير امره لان شراء الشيء
من مالكه صحيح وان كان بدين وفي وجه الوجه الباقية مذكور في المتن وهو ظاهر فعلى ان قوله فالعقد
موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الف ينفذ على المصالح والتوقف هنا
اذا قال صالح فلان على الف درهم من دعواي على فلان فانه يتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز
وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكره الكتاب ذكره في الذخيرة وباب كله من ظاهر لا يحتاج الى شرح

باب الصلح في الدين

لما ذكر حكم الصلح عن عدم الدعاوى ذكر في هذا الباب

حكم الخاص اسود عن الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم قال ـــــ وكل شيء وقع عليه الصلح يدل
الصلح اذا كان من جنس ما يستحق المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة لم يجز الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض
الحق واسقاط الباقي وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حتى لو ادعى المسلم على الحربي دينا وكان له على آخر الف
درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة وكان له على آخر الف كذلك فصالحه على خمسمائة زيوف
فانه يجوز لان تفرق العاقد يتحرى فيصححه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فحمل
اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على الف مؤجلة صح ويحمل على التاخير
الذي هو معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا فان لم يكن حملا على اسقاط
الباقي كما اذا صالح عن ماية دينار على الف مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التاخير
فيتعين جعله معاوضة اذ التفرق في الربوا في مسائل الصلح لا يجوز عند احد عند ابن الوجيهي وفي ذلك بيع
الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز وكذا اذا كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة فانه لا يمكن حملا على
الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء وهو استيفاء بعض
حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثلا من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي فكان
اعتياضا عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا سئل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا
يريد ان اجعله الربوا وهذا لان حرمة ربوا النسيئة لكونه مبادلة المال بالاجل لحقيقة ذلك
اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز والاصل ان المستوفي
اذا كان ادون من حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان ان يدفع اجود او وصفا فهو معاوضة لان
الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن حمله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل
اذا كان حقه الف درهم بنهرجة فصالحه على الف درهم بخيتي نقد بيت المال فهو اجود من النهرجة وجاز
الصلح والزيادة موجودة اجاب ـــــ بقوله بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل
بالمثل لا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت مقابلة المال كان ربوا كالمسئلة
الاولى فانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربوا واما اذا لم يقع فذلك حرف والجيد والرديء فيه سواء بدا بيد
او لا وكان عليه الف درهم وماية دينار فصالحه على ماية درهم حالة او مؤجلة صح اعتبر حمله اسقاطا للدنانير
كلها والدراهم الا ماية ان كانت حالة واسقاطا لذلك وتاجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد
او لان معنى الاسقاط فيه اتم لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط ههنا اكثر فيكون الاسقاط انم
من معنى المعاوضة قال ـــــ ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف درهم حالة فقال اد
الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل فقبل فهو بريء كما سماه فقيل فهو بريء الا الحال ويجوز
ان يكون معناه وادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان
قوله الى حسه ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يفيت الا بعد
اداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان

يستفيد

يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيئا لم يكن فيه شرط وجعل ابو حنيفة جعل
الاداء عوضا بجريه عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا ابدا ما لا ابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من
الالف على ان تقضي غدا خمسمائة ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بالشرط ينعدم بفواته اي عند فواته
فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه قائم بقائه على العدم الاصلي وهو
اصل الفقه واما قولنا انه مقيد بالشرط لانه ابراء باداء خمسمائة في الغد وانه يصلح عوضا حتى لا فلا سبيل
الى تجارة زيف فصلح ان يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكنه يحتمل معنى الشرط لرجوعه
معنى المقابلة فيه فان في مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فيحمل
على الشرط تصحيحا لتصرفه وكانه منها قال موجب العلة اي سلمنا انه لا يصح ان يكون مقيدا بالعوض لكنه لا ينافي
ان يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط قوله اولا انه متعارف معطوف على قوله لرجوعه للمقابلة يعني ان كلمة على
على الشرط لاحد معنيين اما لرجوعه للمقابلة واما لانه مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بان يكون تعجيل البعض
مقيدا لابراء الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد عنا فلا صلح بيننا قوله
والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق بجعله عما يقال لتعليق الابراء بالشرط لان بقاء التعريم
او كتقييده اذا ادبت او متى ادبت الف خمسمائة فانت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق
به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه
لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك واما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضية ان
ينعدم ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك
ان في الابراء معنى الاسقاط والتمليك اما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو
عن القصاص واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط للمحض جائز كتعليق العتاق
والطلاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز لما فيه من شبهة القمار والابراء له شبهة بهما فجعلنا العمل
بالشبهتين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل
التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن به حرف شرط وليس فيما عدا حرف شرط فكان مقيدا
بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما مر قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا
بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين
الى ذمة المحيل وقوله وسيجيء البداية بالابراء وعد بالجواب عما قال ابو يوسف لما اذا ابدا بالابراء واذا
تاملت ما ذكرت لك لا هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال ـــــ ما جاز الهبة في حصة الوجوه
على حصة ان رب الدين في تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان يبدا بالاداء او لا فان بدا به قبل
يخلو اما ان يذكر معه بناء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط او لا فان لم يذكر فهو الوجه
الاول وان ذكر فهو الوجه الثاني وان لم يبدا بالاداء فلا يخلو اما ان يبدا بالابراء او لا فان بدا به قبل الاداء
الثالث وان لم يبدا فلا يخلو اما ان يبدا بحرف الشرط او لا فان لم يبدا فالوجه الرابع وان بدا فخامس

الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني فهو ما تقدم والثالث وهو المدعى بالتخريج الجواب
مبني على ان الثابت اولا لا يبدل بالشيء فاذا قدم الابراء جعل مطلقا ثم يذكر ما بعده وفي الثاني لانه ان
كان عوضا فهو بالهلاك تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا فتقيد به وزال الاطلاق فاذا وقع الشك
لم يبطل به الثابت الا وفي عكسها ذلك والرابع وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهر ان اداء البعض
لم يكن لغرض لكنه واجبا في مطلق الازمان فلا يعلق ان يكون لمعنى الشرط ليحصل به التقييد لهم بين الاجهة
العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس ظاهر وقد تقدم ان الابراء لا يحتمل فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر
لا اقل لك بما لك علي حتى تؤخره عني او حط عني بعضه فتعجل اخرا او حط جاز عليه لم فقد هذا التصرف على
رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال ان اخر وابدا ان حط لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف
لا يقال هو مكره مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تفرق المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام يأكله
يجوع فتاضطر به كان بيعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا فاما اذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع
نصف ابي الدين المشترك في اخر بيان حكم الدين المشترك عن المقر لان المركب يتلو المفرد ٥
قال فاذا كان الدين بين شريكين اذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على
ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب من الشريك الا ان يضمن
له شريكه الا ان يضمن ربع الدين فانه لا خيار لشريكه لا اتباع الغريم او شريكه القابض واصل هذا ان الدين
المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير
او غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض افعالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل
الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة والحق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد
لما جاز تفرد القابض بالمقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التفرد في الولد والثمرة بغير اذن الآخر اجاب بقوله
لكنه اراد المقبوض بقدر نصيب شريكه المشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وكذا
قبضه بدلا عن حقه فيملكه ويتفرد فيه ويغرم لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا
بسبب متحد كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وميراث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وقيد الصفقة
بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمائة
وكتبا عليه صكا واحدا بالقدر ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد
منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي ان لا
يكتفي بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساوى
في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض
احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق التابعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري
ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة بحبة ونصيب الآخر خمسمائة سواء
لم يكن للآخر ان يشاركه فيما قبض لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما عن الآخر وصار ولعل المراد ان

ذكره

ذكره لانه شرط الاشتراك وهو بيان حقيقته لما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفت هذا فنزل عليه
مسئلة الكتاب هنا اذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه
فيما قبض من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان
من الشركة قال ولو اشترى احدهما بنصيبه ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان
لشريكه ان يغرمه ربع الدين وليس للشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة
الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملك ابراء من غير حيلة
واعتاض لان مبنى البيع على المكايسة وهذا لا يتوهم فيه الاعتاض والحيلة بخلاف الصلح لان بناءه على
ذلك فلو الزمناه في الصلح تغريم ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض كما ذكرنا من قبله الا ان يغرم له شريكه
وليس للشريك على الثوب لصورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان
ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين
الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت
الثمن لا ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان عقدت لا تنافي ذلك لان
العقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قبض الدين قبل القبض
لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح فليس يلزم بدلا فمنه الصالح على نفع المقاصة به
فتعين ان يكون الماخوذ من الدين المشترك فكان للشريك بسبيله من المشاركة فيه وللشريك ان
يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على الثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشرى السلعة بنصيبه
لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة فكذا حق المشاركة فيه وان لا يشاركه
لبطلان نصيب ماله عليه فانه خلف بالحلف فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم رجع على الغريم له ان يشاركه
القابض في القدر الثلث لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما كان اذا مات المحال عليه مفلسا
فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاخذ بذلك
لم يرجع عليه الشريك لانه قابض بنصيبه لا مقتضي بناء على ان اخذ الدين قضاء عن اولهما اذ الكل يستلزم
القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن
البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرة دراهم فابرأ احد الشريكين
عن نصف نصيبه كانت المطالبة لهما بالخمسة والسادسة والآخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف خلافا
لهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكرنا في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع
قول ابي يوسف وذلك سهل لهوان ان يكون المص قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي يوسف اعتبرا لما فيه ان يكون
ابراء موقتا بالابراء المطلق وما لا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتناع احد النصيبين عن الآخر بانصاف
احدهما بالمطلق والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي لا يثبت الذمة وذلك
لا يتميز بعضه عن بعض ولهذا لا يقال بتأخير البعض حتى يتميز احد النصيبين عن الآخر لا كان تميز بطل

لو كان وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذب وكذا و
الجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز بذكره بعد بما يستحيل ذلك فيه لنفي قوله لامتياز احد
النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد جوز ابراء احدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز
بكون بعض مطلوبا وبعض لا فيما يستحيل فيه ذلك واجيب بان القسمة تنتفي وجود النصيبين وليس ذلك
في صورة الابراء بوجه فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة امرا وجوديا يلزم ما ذكرتم وانما هو نوع
شركة او الاعتداد وما ثبت قسمة وذلك حد قلنا نعم انها تنتفي وجود النصيبين لان تفرق القسمة افراد
احد النصيبين لتكميل المنتفعة عما لا يشاركه فيه الآخر فلا ينتفي وجودها لا محالة وارتفاع الشركة من
لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده
هذا قبض لان حكم الهلاك قصاص بدل من الدين وهو آخر الدينين فيصير قضاء للكل وكذا اذا استأجر
من الغريم بنصفه دارا وسكنها فاراد شريكه اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم
المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعلها الامة كالوجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق
عند محمد خلافا لابي يوسف وصورته ما اذا رهن الثوب على قرض المديون فاحرقه وهو يساوي نصيب المحرق و
اما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الشاكي ان يتبع المحرق بالاجماع لمحمد ان الاحراق اتلاف
لمال متقوم فكان كالغصب والمديون صار قاضيا نصيبه بطريق المقاصة بنصيب المحرق مقتضيا ولابي يوسف
انه متلف نصيبه بما منع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون
حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء وكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه
من الدين لم يرجع عليه الشريك لانه ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حقه شيئا معنى تابعا لشركته فانه
علة القبض وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فلا كالجناية وروي بشر عن ابي يوسف انه يرجع
لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو عبارة عن تكميل دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين و
يصير قضاء للاول فيستحق القضاء والاقتضاء والعلة على نصيبه بجناية العمد اتلاف لما التزوج به لانه
لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه فيكون اما قبضا عمدا لانه في الخطاء يرجع عليه والحلق في الايضاح
قال ولو شجه موضحة فصالحه على حقه لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح وارى
انه فيه بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا شيئا قال واذا كان السلم
بين الشريكين اذا اسلم رجلان دراهم في كر حنطة فصالح احدهما من المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من راس
المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز جاز فان
المقبوض من راس المال مشتركا وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجيزا فالصلح باطل وما لابي يوسف رحمه
الله جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر
مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه كذلك ههنا وبما اذا اشتريا
عبدا فقال احدهما في نصيبي بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولا يحتمله ومحمد وجه ما احدهما

انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين
قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تتعين الا بالقبض ولا تميز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد
من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه قوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف المتنازع على شراء
العبد وتقريره خلاف شراء العين فانا اذا اخذنا فيه النصف الاقل منا لدينه لم يلزم المحذور المذكور
فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المعترض له وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم في ذمة المسلم
اليه اعتبار واجبا بعقد السلم والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه والحاصل انه لو جاز الصلح لشاركه في
المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يجب المصالح على من عليه بالقدر
الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان
هذا الحق موجود في الدين المشترك اذا اسقط احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع
المصالح بذلك على الغريم وفي عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه بعوض بتقدير
البدل لا يسقطه بل يبقيه قائما ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي
السلم يكون قضيا والمقضي لا يعود بعوض يخذ بدل السبب قالوا اي المتأخرون من مشايخنا هذا الاختلاف
بين علمائنا اما هو اذا خلطا راس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا
الاختلاف ايضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قائم بهما فلم ينفرد احدهما ببعضه ولا فرق في ذلك
بين ان يكون راس المال مخلوطا او غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه
الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار مشاركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل
منهما بما يخصه من راس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط راس
المال او على الاطلاق ان محمدا ذكر الاختلاف في البيوع وذكر في كتاب الصلح ما يصرح بعدم
الخلط ان الآخر لا يشاركه في قبض المصالح في قوله الى نصفه ولم يذكر قوله الى حصته ومحمد فقال بعضهم ان ذلك
لا ذكر لاجل الاتفاق فيه وبسبب بدل لان الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باعتبار
العقد وهو لا يختلف بما خلطا ولم يخلطا

فصل في التمارج

التمارج هو ان يصطلح الورثة
على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تاخيره قلة وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين
بغير استيفاء حقه وسببه طلب الخارج من الورثة ذلك عند رضى غيره به ولا شرط تذكره لا اثبات الصلح
وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الفقه والرسالة قال واذا ابى الشركاء بين ورثة
فاخرجوا احدهم واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه حال كون
التركة عقارا او عروضا جاز قلما اعطوه او كثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هناك
شرط استدراكه وهذا لانه اما ان تصح بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير جعله ابراء لان الابراء
عن الاعيان غير المعينة لا يصح قال فهذا لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصة من التركة لان جهالته تفسد
البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لا ما تمنع عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا

لا يحتاج الى تسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار كما اذا كان له عين فاستلم شيئا واشترى من المولى جاز وان لم
يعلما مقدار وفي جواز الابراء مع جهالة المصالح عنه استحسان وهو ما روى محمد بن الحسن عن حذيفة عن
عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلث وثمانين الفا على ان
اخرجوا لها من الميراث وهي غاضبة فاختلف الصحابة رضي الله عنهم في ميراثها منه ثم صالحوها
على الثلث وكانت له اربع نسوة واولاد فخلفها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءا فصالحوها على نصف
ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا ولم ينقل ذلك
في الكتاب وانكر الكتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاصلحوه ذهبا
او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ولكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا
غير ان الوارث الذي لا يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونه لا يده يكتفى بذلك القبض اي القبض الحكمي
لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس العيضان بان يكون قبض امانة
او قبض ضمان نائب احدهما مناب الآخر اما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما
اذا كان الذي لا يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو لا ينتهي الى مكان يمكن من قبض لانه
قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوها على احد النقدين
فان كان مساويا لنصيبه او اقل لا يعلم مقدار نصيبه يحل الصلح لوجود الربا اذا كان مساويا فلزيادة الوصف
واذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم واذا كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعتبر فيصح بطريق
المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما مر ولا بد من التقابض فيما بقي بالحصة من الذهب والفضة لانه
صرف لا هذا القدر وتبرئ الجاحد الصلح على مقدار نصيبه او اقل من الدراهم حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث
زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ
لتلجيء المنازعة ولا فداء البعض وليس ذلك ابراء ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل او كثر وجد التقابض
في المجلس او لا ولو كانت التركة دراهم وانانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا للجنس الى خلافه كما
في البيع ولكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا قال ــــــ واذا كان في التركة دين على الناس واذا
كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا من صالحه من الدين ويكون الدين لهم فهو باطل
في الدين والعين جميعا اما في الدين فلقربه غليك الدين من غير من عليه الدين وهو حقه المصالح واما
في العين فلما فيه الصفقة والحيلة في الجواز ان يشترطوا على ان يبرأ الغرماء فيه ولا يرجع الورثة عليهم
بنصيب المصالح فانه اسقاط او غليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز واخرى ان يجعلوا فداء نصيبه
من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع
على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم عقابا الدين الذي هو فضة والنقد خير من النسيئة والاولى
ان يفرض المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم

نصيب المصالح — وهو اعيان التركة — في عين التركة

يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو
قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مقدار يدل
الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل
ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمجوزة ولو كانت التركة غير المكيل
والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون او غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح
ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة
وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فانه احتاج الى
التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح والباقي عند الورثة لم يجز لاحتياجه
الى ذلك وان كانت على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا او غير مستغرق فان كان لا يجوز الصلح ولا القسمة لان
الوارث لم يملك التركة وفي الصلح لا يتمكنوا ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا لم يجوز
واما القسمة فقد قال الكرخي انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع ملك الوارث
اما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس ان التركة لا تخلو عن تعلق
الدين فيقسم نفيا للضرر عن الورثة

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب
في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض عاملا طلبا للربح قال الله تعالى وآخرون
يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما
على ما شرطا وشرعيتها للحاجة اليها فان الناس بين غني بالمال عجز عن التصرف فيه وبين محتاج
في التصرف صفر اليدين خالي اليد عن المال فكان في شرعيتها انتظام مصلحة الذي والغني و
الفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير انه من سبب المعاملات وهي فعلة البقاء المقصود تبعا
وركنها استعمال الفاظ تدل على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة او
خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فكذا وشرطا نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد
بفواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند
الدفع والشركة بعد الربح قوله وبعث النبي عليه السلام بيان ان بعثها بالسنة والاجماع فانه عليه السلام
بعث والناس يباشرونه فقرهم على ما روي ان العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط
على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك
رسول الله عم فاستحسنه وتقرير البعض امر ايعاينه من اقسام السنة على ما علم وتعاملت به
الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وكان اجماعا قال ــــــ ثم المدفوع الى المضارب امانة
لا يد المدفوع الى المضارب من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض
على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة ومن ذلك فهو وكيل

فيه لانه يتصرف فيه بامره كله فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال وهو الشايع بينه وبينه واذا فسدت
فسدت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا
يفسد معنى الاجارة اذا فسدت ويجب اجر المثل وذلك اي يكون في الاجارة واذا خالف كان غاصبا
لوجود التعدي منه على غير ماله غير قاصد — المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة
على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة فيما ذا فسره المص
بقوله ومراده الشركة في الربح اي لا في راس المال مع الربح لان راس المال لرب المال والربح يستحق بالمال
من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونهما بدون الشركة اشارة الى انتفاء
العقد بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا ترى ان الربح
لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا نفع المضاربة الا بالمال
الذي ينتفع به الشركة وهو ان يكون راس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف او فلوسا
رائجة عند محمد وما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة
فعنده جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه وكيل واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل و
الاجارة بالراء او الاجارة بالزاء وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل يجب ان يكون عقد
المضاربة كذلك ليلا يخالف الحكم الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان
واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي لي وذلك
لي فانه لا يصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة فلكون هذا التوكيل لا يصح
على ما مر في البيوع اي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر
الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد الى آخره واذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله
واذا كان المشتري للمشتري كان راس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح واما عندهما فان التوكيل
يصح ويكون بقبض الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز فان — ومن شرطها
ان يكون الربح بينهما مشاعا ومن شرط المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا ومعناه ان لا يستحق
احدهما دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز
الشيء منافي له واذا بطل احد المتنافيين انتفى الآخر ثم قد ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة دراهم
فله اجر مثله لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا اي وجوب اجر المثل لان المضارب
عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عوضا وهو ما سماه عوضا ولم ينله لفساد العقد ولا بد من عوض ممنوع يكون
بالعقد وليس ذلك في البرهة كونه رب المال لانه غاية ملكه فتعين اجر المثل وهذا التعليل يوجب
ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالاجر المسمى المشروط عند ابي حنيفة لانه تقدير
بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد
يجب بالغا ما بلغ كما بيناه في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه اجير والاجرة الاجير

يجب بتسليم المنافع كالاجير الواحد فانه في تسليم نفسه تسليم منافعه او بتسليم العمل كالاجير المشترك
وقد وجد ذلك وعند ابي يوسف لا يجب له شيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فان فيها اذا لم يربح
يستحق شيء انما فيه في الفاسدة ففي الفاسدة اولى فان فيها اجوب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل
فانه قوي فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع واجيب بان الفاسد انما
يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مفيدا فيفيد الجائز كالبيع وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد
شركة لا اجارة والفاسدة اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ابتداء العمل وان
تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل وللمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لو جعلنا احدهما
الاعتبار بالصحيحة والثاني ان راس المال حتى استوجر المضارب ليعمله هو لا غيره فله بقدر كما جعل
الواحد وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الواحد من حيث انه اجير لا يمكنه ان يؤجر
نفسه في ذلك الوقت لآخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد
كما لا يمكن اجير الواحد ان يؤجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر الهندواني وقيل
المذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما موضعان اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي و
هذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد
والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة خلافا لهما قال الامام
السرخسي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قولهما لكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمالك يد للمضارب
صحت او فسدت امانة لانه لما فسدت يكون المال عنده مضاربة فقد قصدان يكون امينا وله ولانه جعله
امينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يستدل
الى ذلك بامر جلي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او لفلان ثلثه او شرطا
ان يدفع للمضارب دار الرب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد لاختلال
مقصوده وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة الدار والارض فكانت
حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها وتفسد الشروط كالاشتراط الوضيعة على رب
المال او عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم عهدة رب المال والمالم يوجب الجهالة
في الربح لم تفسد المضاربة فهذا شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد
المضاربة كما سيجيء فلم يكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا تفسدها
اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال
زيد المعدوم ليس بعبيد وقوله بعد هذا الخلط وشرط العمل على رب المال عند العقد معناه مانع عن
تحققه فان — ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون راس المال مسلما
الى المضارب ولا بد لرب المال فيه بتصرف او عمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة و
هذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من
التصرف

التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص واما الشركة والعمل فهما من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما
انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق
المقصود وسواء كان المالك عاقلا او غير عاقل كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط
عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد الملك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين
واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن
الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال او لا فان كان الاول
كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان يتخذا
مال الصغير مضاربة فكانا كالاجنبي فكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثاني كالمأذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يده يده فيتنزل منزلة
المالك فما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا عن صحة المضاربة فـــــ واذا صحت
المضاربة مطلقة المراد بالمطلقة ما لا يكون مؤقتا بزمان ولا مكان بخلاف قوله دفعت اليك
هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا ونسيئة ويشتري ما يدل له
من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد بالمطلق ينتظم جميع صنوفها
ويضع ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود بيد كل ويبضع ويودع لانهما من صنيعهم و
يسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الارض لما تقدم فكيف
يمنع عن ذلك وعن الحسن انه ليس له ان يسافر وعن ابي حنيفة انه ليس له ان يدفع البضاعة للمضارب
ليس له ان يسافر لانه تعرض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الى بلده
لانه هو المراد في العادة اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اطلاقه عالما بغربته
كان دليلا الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب يريد قوله ولا قدرة
يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا ان يأذن له رب المال ويقول اعمل برايك
لان الشيء لا يتضمن مثله ولا يرد جواز ان اذن المأذون بعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة
للمساجد والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما يجانسها وقد تضمنت
امثالها لان المضاربة تضمنت الوكالة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا
المضارب لا يضارب غيره والجواب عن ابي حنيفة في معاضعها بخلاف الايداع والايضاع
لانهما دونه فيتضمنهما وعلى الاقراض فانه لا يملك وان قيل اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما
هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه متبرعا بالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو
الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم
فيجوز ان يدخل تحت هذا العموم قوله اعمل برايك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود
هو الربح يحصل بها فعلى جهة الجواز فينبغي ان يترجح على جهة العدم اجيب بانه كلام من جهتي

الجهالة

الجواز بها صالحة للعلة فلا يترجح غيرها بالعرف وان خص رب المال التصرف لا يملك بعينه او في
سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه تقييد وتوكيد في شرط مفيد يختص به وفي التخصيص لا يملك
بعينه فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وجباية المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف
البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر يجب دعايتها لتفيد المامور
المقصود وهو الربح وليس له ان يتبضع من غير جنسها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا
تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له ان تصرف
في غلاف امر فصار غاصبا وان لم يشتر ورده الى بلد الذي عينه سقط الضمان كالمودع اذا
اذا تركت المحل لغة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيد فقوله
ورجع المال مضاربة يدل على انها زايلته واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على
هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم تزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه و
انما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال وانما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقتا
حيث ضمنه بنفس الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به
ثم رفع الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا من البقاء في يده بالعقد
السابق وانما اذا اشترى ببعضه في وبعض آخر لا غير فوضاع من المال اشتراه في غير الدرجة وله
وصنعة لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيانة المال
انتفاء حكم المضاربة فيما بقي وقيد بالمال لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجنس معتبر
بالكل وتفريق الصفقة موصوف اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد اشرنا الى اختلاف رواية
الجامع الصغير والمبسوط قال المص والصحيح ان بالشراء يتعذر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه
اما الضمان فوجب به بنفس الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير للتنزل لا لاصل الوجوب وهذا
بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين المرافق كمصرين
واحد فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تتجر في غيره لانه صرح بالجر والولاية
اليه ونقض بما لو قال على ان تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع صح ولم يفد محالفا وجوابه مبني على
اصل وهو ان القيد المفيد كل وجه مبيع وغير لذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه مبيع عند
النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصفة
النقد فان البيع نقدا بثمن كان من النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مفيدا واما الثالث فلا نهي
عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا
شرط الحفظ على المضارب في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغيره
مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين المرافق فعلى كمصرين واحد لما اذا شرط الايداع في السلم بان يكون
رب المال لم يبق المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الجواز لم يعتبر عند السكوت عنه فـــــ

ومعنى التخصيص ذكر الفاظ تدل على التخصيص وتقدير الكلام ومعنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا
اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكر التمييز بما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية سبعة
منها تفيد التخصيص واثنان منها يعرفان بالشرع والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص مما لا يفيده وهو ان رب
المال اذا اعقب لفظ المضاربة بكلام لا يصلح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لبيان الحق و
اذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال
على ان تعمل كذا او في حال كذا او قال خذه تعمل به بالكوفة بجزء او من غير ذكر الكلام المص يحتملها او قال
فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكر المص من قوله تعمل بالرفع
يعلى معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصلح الابتداء به حيث لا يصح ان يبتدأ بقوله على ان تعمل كذا
او بقوله تعمل بالكوفة او بغيرها وهو واضح لكنه يصح بجعل متعلقا بما تقدم فجعل قوله على ان تعمل شرطا والبند
منه معنى وهذا بعينه صيانة المال في المص وقوله تعمل به بالكوفة تفسيرا لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به
في الكوفة في معناه لان الفاء وهي للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف
بالكوفة لان الباء للالصاق ويقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو يكون العمل
فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف على بالكوفة بغير واو وبه فقد اعقب ما يصح الابتداء
به اما بغير الواو وفي الصحاح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به فاجزء كله ما يبتدأ بنصه مشعرة لانه
قال ان فعلت كذا كان كذا فتعين قال قبل فلم لا يجعل واو الحال كما في قوله اذ الى الفا وانت حر اجيب بعدم
صلاحيته لذلك هنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ لا حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري
من فلان وتبيع منه صح التقييد بكونه مفيدا لزيادة الثقة به في المعاملة قضاء وافتقاء ومنا فتنة
في الحاجة وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع
في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فيصح بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لان فائدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك
وان كان من غير اهلها وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل امتثل غيره قوله
وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد و
ينفي الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون شراؤه
من كان في الاهل من غير سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف
والعرف في ذلك المنع من الخروج عن الكوفة صيانة للمال وقد حصل ذلك بها اما لم يخص المعاملة في
التصرف بشخص بعينه مع تعاور الاشخاص دل على ان المراد به نوع التصرف وقد حصل ذلك وقوله و
كذلك ان وقت للمضاربة معناه ان التوقيت بالزمان مفيد كما ان التقييد بالنوع والمكان قال
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب
المال قرابة او غيرها كالمملوك يعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالبيع مرة بعد اخرى

وذلك

وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعتقه فالعقد لا يتحقق فيه وفي ذلك هذا اشارة الى الفرق بين
المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا فان اشترى من يعتق عليه كان لم يكن مخالفا وذلك
لان الربح المحتاج الى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشترى لي
عبدا ابيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا ان كون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا يدخل
في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كالخمر والشراء بالمبيع لانتفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع
الفاسد لان بيعه بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا
لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري فقد عليه كالتوكيل بالشراء اذا خالف وقد وجد
متى وجد نفاذا احتراز عن الصبي والعبد المحجور فان شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد
الثمن من مال المضاربة فيخير رب المال بين ان يسترد المبيع من البائع ويرجع البائع على المضارب
وبين ان يضمن المضارب مثل ذلك لانه تعلق بمال المضاربة دينا عليه واما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل
اما ان يكون المال دراهم او لا فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويضمن نصيب رب المال
لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تحري الاعتاق
فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراه من مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد
الثمن من المضاربة وان لم يكن المال دراهم جاز ان يشتريه لانتفاء المانع من التصرف حيث لا يملكه له فيه فاذا ازداد
قيمته بعد الشراء عتق نصيبه من ملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وغلبة الرواج
ان نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كالمداراة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت
زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئا لعدم الصنع منه وبيع العبد بقيمة نصيب رب المال
من العبد وهو راس المال وحصة رب المال من الربح لانه اكتسب حالة العبد عند العبد فيسعى العبد فيكاتب في الورثة
قال وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف بالنصف
الف فدفعها الى رجل يبيع ويشتري فاستدعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال
استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بغناء والمدعي موسر
لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق
يختلف باليسار والاعسار وجه الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه
ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من اهلها في محلها حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه
البائع ثم باعها منه فولدت فصلت منه كذا في الاوجه ولم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل
واحد من الام والغلام مستحق براس المال كالمضاربة اذا حاز اعيانا كل واحد منها بيا وهو راس المال كما لو
اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما بالف والف لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن المضارب في الجارية
ملك ولا في الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال قبل
الولد فيبقى كذلك وينبغي ان يكون الولد كالربح والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين كل واحد

منها ما وى الفاكان له بطلها حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح واجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم
لا لانها راس المال وان راس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يتعين احدهما اولى
لذلك من الاخر فاستقلا براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والنوعان من واحد
بقيمتان جنسا واحدا واذا اخبر اجلا حصل البعض بخلاف العبدين فانهما لا يقيمان جنسا بل كان كل واحد
يكون بينهما على حياله لكون الربح اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة وقال واحد وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة
واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مستحقا براس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار راس
فقد ظهر الربح ونفذ الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو قرابة الكاتب الا انه لم تنفذ لوجود المانع
وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء
العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك واما
نحن فيه فانما جاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة
ونفذت يثبت النسب واعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال قيمة الولد لما ان عتقه يثبت بالنسب
والملك احدهما ينضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا اصله مسئلة
السفينة والقدح المكسور ولا منع له فيه فلا يكون متعديا في ضمان الاعتاق بعد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد
الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعى لاحتباس ماليته عند نفسه وان شاء اعتق
كله فانه قابله للعتق فان المستسعى مكاتب عند ابي حنيفة وبتسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الف مستحق
براس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلذا يسعى في هذا المقدار فيكون الجارية راس المال والولد كالربح واجيب
بان ما يجب على الولد بالسعاية من خمسة راس المال والجارية ليست من ذلك فكان نصيبي الالف من السعاية كباقي
المال انسب للبحث فتدبر لان اذا جعلت الجارية راس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب
وهي خمسة راس المال ثم اذا قيمت المال الالف لان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ من الولد
لما استحق راس المال لكن مقدما في الاستيفاء على الربح فصار ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما فقد ملك المدعي
نصيب رب المال ضمنا بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي ضمنا بل يعتمد التملك
وقد حصل كما اذا اعتق الجارية بالنكاح فملكها مولى غيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كما لو تزوج بجارية
اخيه فاستولدها فمات المتزوج وورثت الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن
نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه
وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك احدهما لا صنع له فيه ولم يذكر المص الخمسة وهو
من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب والله اعلم

باب المضاربة

مضاربة المضارب مركبة فاخطأ عن الحق اختلف علماؤنا في موجب الضمان على
المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن ابي حنيفة انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف
المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية

اذا عمل

اذا عمل به ضمن ربحا او لم يربح ثم رجع ابو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو
الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان
ان دفعه حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحاصل قبله مراعى موقوفا ان عمل ضمن والا فلا والاول
حسم ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ايضاع والفعل لا يملكه المضارب فلا يضمن به لعدم المخالفة بهما
ولانه اذا ربح فقد اثبت شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في الربح مالا رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب
الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اوجب الضمان على الاول وعليهما بالربح اما الحمل على ما كنا اذا كانت له
المضاربة صحيحة والحلة القول بانه قال كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية او كليهما جميعا لم يضمن الاول
لان الثاني اجير فيه ولا اجر على فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية
لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقييم اجيب بان المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان
يجمع الشروط الثلاثة من الربح مقدارا ما تحدد المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح مثلا
والثاني نصفه فقد تم ذكره الكتاب بمعنى القدوري بضمن الاول ولم يذكر الثاني قبل اختيار ما نقله فقال المص في بيتي
ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مناط المناط ومنهم من يقول رب المال بالخيار
بين تضمين الاول والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما
ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لانه يتبين ان فرقا بين هذه المسئلة ومسئلة مناط المناط ووجهه ان المناط الثاني
يتبين لمنفعة الاول فلا يضمن وللمضارب الثاني عمله في المنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون
ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه يرضى به رب المال
فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع الاول بالعقد لا بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول في المال
واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل في المنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول
واجيب بان اختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث
انه في الابتداء مناط وعمل المناط وهو الخلط للمضاربة والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل يعمل في المنفعة نفسه
ويجوز ان يكون الضمير عاملا لغيره في المنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد
فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور يرجع على الغار ونصح
المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرطا لان اقرار الضمان على الاول قبله ضمنه ابتداء ويجب الربح للثاني
ولا يجب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملك المستند باداء الضمان ولا
يرجع على زوجه حيث لا ان كانت عند وجود زوجه وسيلة الصدقة فان دفع الى رب المال مضاربة
بالنصف هذه المسئلة نظير الى آخرها ظاهرة لا تحتاج فيها الى شرح وانما قال يجب لهما ذلك اي للمضارب الاول
والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقد بين الآمر وبين الثاني ولو بضع المال مع غيره او ابضعه
رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح لهما وان لم يعمل بنفسه وانما قال غيره في ضمن العقد لان الغرور
اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه

اللص واخذ ماله فلا ضمان عليه **فصل** لما كان للمضاربة بعد ما قال عبد المضارب او رب المال
حكم غير ما ذكر فصل على حدة فقال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان
يعمل العبد معه ولثلثه ثلثه فهو جائز فقوله ولعبد رب المال في مقابلة شيئان عبد المضارب والاجنبي وليس كذلك
باحترازه عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني
اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الاجنبي
ان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت
عنه لكونه لرب المال لان الربح انما يستحق بالمال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل العبد
معه احترازا عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما ان يكون على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط
سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد اهدرنا من الثناء
ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين
وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول الجمهور لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب
المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة
اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا
خلاف فاما اذا شرط ان يعمل العبد معه المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد
دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لاستيفاء اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا ارى ولان للعبد يدا معتبرة
لا يكون للمولى ولانه اختصاص اودعه العبد لان كان محجورا عليه ولهذا ارى ولكن اليد معتبرة حقوقا اذا كان
ماذونا له يجوز بيع المولى من عبده المأذون بعينه اذا كان مديونا على ما يجيء واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله
مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم عليه امر واذا
صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين
واما اذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العامل هو المولى ولو عقد الماذون له الى آخره ظاهر
فصل في العزل والقسمة لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح الآن الامر الى ذكر الحكم الذي
يوجد بعدها وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال واذا مات رب المال
او المضارب بطلت المضاربة واما اذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم و
بموت الموكل يبطل الوكالة وقد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك
الثمن عند المضارب بعدما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن بلا شراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به
على الموكل ثم لو هلك ما اخذ لانه لم يرجع به عليه مرة بعد اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب
المال بعدما اشترى مال المضاربة عروضا كالوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته
اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي واذا ارتد رب المال
عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما واما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده فلا

المضاربة

المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده
فلحق المضارب كالموت حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة لان المضارب
يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان
المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها فيما حتى لو اشترى وباع ورنح او وضع ثم قتل على
ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعله من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة
لان صحتها بالاهلية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة تبنى صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد
لتعلق حق الوارث والتوقف لا يملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة خلافا لما يلحقه من العهدة
فيما باع واشترى يكون على رب المال في قولهما جميعا لان حكم العهدة يتوقف براءته لانه لو لزمته تقضى
من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا اتلف كان غرمه بالبيع والشراء وفي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله حالة التصرف بعد الردة هو فيه قبل لحاق العهدة عليه ويرجع على رب المال قال وان عزله رب
المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من
جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل
عن ذلك لانه قصدا وتسبيبا حتى لو نهاه فسبقه ولم يعلم به لان حقه قد ثبت في الربح فيقتضي صحة العقد والربح
انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على راس المال بتمييزه وراس المال انما ينفض اي يتبين ويحصل بالبيع ثم
اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا آخر لان العزل انما يعلم ضرورة معرفة راس المال وقد
انتفت حيث صار نقدا فيعمل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير فقد نضت فلم يجز له ان يتصرف
فيها لانه ليس له اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره قبله ضرورة في تلك الاعمال قال المصنف رحمه الله هذا الذي
ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب لان
بيعه بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض قوله وعلى هذا موت رب المال
يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان
عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب وكالتوقف لاجل ذلك بين العزلين واذا افتقر في المال
ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير واجره الربح
وان لم يربح على ذلك لانه وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به فا
فان قبل رد راس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب
الا به فهو واجب اجيب بان لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه دفعه كالمودع فيقال
له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد زال يده ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد
ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حقوق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له اجل مكان قوله وكل والمراد به
الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجاز هامعروفة وهو استعمال الامر على النفل وانما قيد بذلك
لان اجل رجا يوهم ان راس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني

للوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكلا الموكل بالاقتضاء واما البياع والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا
وشرى فانهما يجيران على التقاضي لانهما يعملان عادة واذا وصلا اليه اجرا اجر على القيام عمله واستحقاق فلما
يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر على ما لا يستقر به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع
على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلفة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يأمر
بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روي عن
ابي يوسف ومحمد قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين
قبل وصول راس المال الى ربه قال صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك
المؤمن لا يسلم له نافلة حتى يسلم له فريضته او قال عليه الصلوة والسلام فريضته فكان راس المال
اصلا والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فما هلك منه شيء استكمل من التبع فان زاد الهلاك على الربح
فلا ضمان عليه لانه امين وان انعدم الزيادة لان القسمة تقيد ملكا موقوفا ان بقي ما اعدله راس المال الى وقت
الفسخ كان ما اخذه كله منه مكافاة وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم راس المال

فصل في فعل المضارب

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة
للافادة وتنبيها على مفصولية افعال المضاربة بالاعادة قال ويجوز للمضارب ما كان من صنيع
التجار ويتناوله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز ان يبيع بالنقد والنسيئة لانه من
ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في الزيادات بان باع الى عشر سنين لخروجه حينئذ من
صنيع التجار ولهذا لا يملك ان يشتري دابة للركوب ليس له ان يشتري سفينة للركوب فيه هذا في مضارب
خاص لنوع كالطعام مثلا واما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما لحمله عليها والظاهر
كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا للحمل اما اذا كان للحمل فهو ساكت عنه وله ان يستكريها ان استقبله
والدواب لحلقا اعتبار العادة التجار فانه اذا اشترى طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام
له ان يأذن بعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم قيدنا بالمشهورة لان ابن رستم روى
عن محمد انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما ان المأذون لا يصير شريكا في الربح
ولو باع نقدا ثم اختار الثمن جاز بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد فلتنزل الوكيل بملك ذلك فالمضارب اولى لعموم
ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضية ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم والمضارب لا يضمن لان له ان يتجاوز
العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعلنا تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن
اذا اختار الثمن لانه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعدما باع مرة لانتهاء وكالته واما عند ابي يوسف فلتنزل
المضارب بملك الاقالة والبيع نسيئة كالوكيل وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب الحوالة
جاز سواء كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه اقال العقد مع الاقالة ثم باعه بدلا على المحال عليه
جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بمال الميت فان تصرفه فلا بد وان
يكون المحال عليه ايسر ثم ذكر الاصل هنا يجعل المضارب بانواعه اللثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبدا ولا

اصله من مال المضاربة لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا ينفسخ الا التوكيل بها وجوزه ابو يوسف
تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان
كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة قال فان دفع شيئا من مال
المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال
وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر قال رب المال متصرف لا مال نفسه فيصير توكيلا ولم يصرح به
فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا ان الواجب هو التخلية وقد تمت فصار
المتصرف حقا للمضارب وله ان يوكل رب المال صالح لذلك والايضاع توكيل لانه استعانة والمالك
استعانة المضارب بالاجنبي فبرب المال اولى لكونه استعانة على المال فله يكون استعانة بخلاف
ما اذا اشترط العمل عليه ابتداء لانه يمنع التخلية فان قبل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل من يعمل لامر غيره
ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله اجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجاز
توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجاب بقوله وخلاف ما اذا دفع المال
الى رب المال مضاربة حيث لا تصح لان المضاربة تتضمن شركة على مال رب المال وعمل المضارب
ولا مال هنا فلو جوزناه ادى الى قلب الموضوع ولهذا لان بقاء رب المال اما ان يصير بالتخلية كالاجنبي
او لا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الايضاع فالقياس يقتضي الجواز وهو قول زفر والجواب
انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدفع وليس بموجود
عند الايضاع فانما توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل وليس المال
له واذا لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى وكلام
المصنف يوهم اختصاص الايضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل
بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ مال المضاربة
من غير تسليم المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان راس المال نقدا فقد انتقض المضاربة اذا الاستعانة
من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة
وان صار راس المال عرضا لا ينتقض لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضا لم يعمل فهذا اولى
قال واذا عمل المضارب في المصر فرق بين حال الحضر والسفر وجب النفقة في مال
المضاربة بما ذكر من الاحتياج الى السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب النفقة
لا مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بامره او بمنزلة الاجير
بما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد هؤلاء النفقة في مال الذي يعمل به الا انا تركناه هنا اذ السفر
بالمال لاجله الفرق وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل لا بدل
معين في ذمة المستاجر وذلك يجعله يبقى فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فيعمل
الا لربح وهو في حضر التجارة وقد يجعله قد لا يحصل فلو انفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم

مطلب ايضاح المضاربة لطلب المال

الاجارة واذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الا
سفر كالحاج عن الغزاة اذا انفق معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر
والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوق و
ان لم يكن فنفقته من مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة ما يصرف الى الحاجة الرا
المرتبة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شرا او كرا كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان
من مؤنة تنمية المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلاق وعلف الدابة والدهن في
موضع يحتاج اليه كالجاري زمان الشخص اذا كان لهو يدل الشعر وشيخ الثياب ما شئت في حوائجه
يعدمن القعاليك وتقدم معاملة وقاربا به تكلفا لرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء
يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب فان
واذا ربح اخذ رب المال يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح ياخذ رب المال
راس ماله كاملا ليكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال فاذا استوفاه كان ما بقي بينهما
على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعدما انفق مراجعة حسب ما انفق على المتاع من الحملان
ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصباغ ولا يحسب ما انفق على نفسه لما ذكره في الكتاب من الوجهين
فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها اعانة من عنده وقد قيل له
اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المال لا يحتمله كما مر وانما ذكر هذا
بعد ما مر عهد النقل وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وساير الالوان كالحمرة الا
السواد عند ابي حنيفة لان الصبغ عنده قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة
وقوله اعمل برايك يتناوله فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن مصبوغا
على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما اصابها حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة
قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ والباقي على
المضاربة بخلاف القصار بغير الفاء والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد فيه شيء
ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك ان ياخذ ثوبه مجانا
واذا صبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان يعطيه ما زاد الصبغ فيه يوم
الخصومة لا يوم الانتصار ثوبه وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه ويترك
الثوب عليه اذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه فان قال المضارب
لما لم يكن له ولاية الصبغ كان له به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن الغاصب ثانيا فاجبت بينهما
اجيب بان الكلام لمضارب قبله اعمل برايك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط
ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما
ان يكون ماذونا بهذا الفعل او غير ماذون فان كان ماذونا وقع على المضاربة وان لم يكن

ضمن

ضمن المضارب كالغاصب لما بينا انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان
فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك **فصل آخر** هذه مسائل متفرقة تتعلق
بمسائل المضاربة قد ذكرها في فصل على حدة فان كان معه الف ما ذكره
المص واضح ومبناه على اصل وهو ان رب المال للبايع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع
لها فالمعروف على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبايع بسبب هلاكه
مانع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام لو رجلا دفع الى رجل الفي درهم مضاربة فاشترى بها ثوبا
ثم مضاربة فاذا باعه بالفين فهلكت حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالف
وقع ربحها للمضارب كان ربح الثمن وثلثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم البيع
على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية
لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان ضمن المضاربة على ان المضارب امين فيكون
الضمان منافيا لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لابطلنا ما غرم لانه يحصل ان يجعل ذلك راس
المال فيكون مضاربا بالنفقة وهو لا يحل ثم لو باع الجارية باربعة الاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة
وذلك الف فيبقى ثلاثة الاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلايم المضاربة ولا يضع
ما يضمن بل بالحق براس المال واذا كان كذلك كان راس المال في ذلك الفين وخمسمائة والخمسمائة
ربح بينهما نصفين قوله وان كان معه الف معناه واضح وقوله لتغاير المقاصد لان مقصود رب
المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه
شبهة العدم اي عدم الجواز لانه لم يدل به عن ملك رب المال عبدا كان في ملكه ولم يستفد به القائم يكن
لا ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المراجعة فاعتبرنا الفين وهو خمسمائة لتبدله من كل وجه والا كثبت
ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع مال بماله قوله وان كان معه الف بالنصف فاشترى بها
عبدا فقتله الفان فقتل العبد رجلا خطاء كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه فهلكت المضاربة
لهلاك مال المضاربة وان فديا فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء
مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك بينهما ارباعا لان راس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح
وهو الفرق بينهما ولهذا عتق الربح بعد ان كان العبد قريبه والف وهو راس المال وقيد العين بالدخل
احترازا عما كان عينيا فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فديا خرج العبد من المضاربة
اما نصيب المضارب فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة واما نصيب رب المال فلقضاء
القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستحالة مشاركتهما بالفداء ما يخصه
والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة حيث
لا ينتهي المضاربة هناك لان جميع الثمن في على المضارب لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد
حتى يكون عليه وقوله وكان العبد كالذابل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة

تنتهي بالهلاك فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة يخدم
المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم يريد به ما تقدم في المسئلة
المتقدمة وهو ما اذا اضاع الالف فان العبد هناك على المضاربة فان كان معه الف فاشترى بها
عبدا وهلكت قبلا نقد الى البايع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون راس المال
ويكون راس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو
عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض لانه لا يصير المضارب مستوفيا
لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون يد هو امانة وبينهما منافاة
فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى الى ان يسقط عن
العهدة بوصول الثمن الى البايع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد
الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كما في الغاصب
اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصير وكيلا ولا يبرأ من الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك
المغصوب وجب الضمان ولم يصر امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب موجود قد تقدم
على قبض الامانة فيجوز ان يجتمعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا يتم صلاحيته
لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب القابض رب المغصوب من الغاصب وجعل راس المال المغصوب
كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعا للتحكم ولان
المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن ان يجاب عنه
بان مقصود المص دفع استحالة اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل
مستوفيا لبطل الموكل اذا رجع عليه بالثاني فاما هنا فحق رب المال لا يضيع لانه يأخذ راس المال
ويستفيد من الربح وحمله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه
بمنزلة البايع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الثاني الى آخره لم
يثبت في رواية تحتاج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة للفرق بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل
وبين ما اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول ويصير به مستوفيا وفي الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه واضح

فصل في الاختلاف

آخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاقالة
لانه الاصل بين المسلمين فان ـــــــ وان كان مع المضارب الف اختلاف رب المال
والمضارب اذا كان في مقدار راس المال مثلا ان يقول المضارب ومعه الف دفعت الي الف ونجحت
الف وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول
رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول
للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول لاذ لك قول القابض عينا كان كالغاصب
او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك ارجح الاختلاف في

راس

في راس المال مثلا ان يقول رب المال الف والمشروط ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف و
المشروط نصفه فالقول قول رب المال لان رب المال يدعي زيادة في راس المال للمضارب بكان اتى في راس المال
فلا تهمة في الدعوى واتى في الربح فلا تهمة في الربح فيستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو انكر اصل الشرط
بان قال كان المال بيني وبضاعة كان القول له وكذا اذا انكر الزيادة وابتها اقام البينة على ما ادعى من
الفضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في راس المال وبينة المضارب على ما ادعى من الفضل
في الربح لان البينتين للاثبات واذا كان في صفة راس المال كما اذا زعم هو مضاربة فقال
بالنصف وقد نجحت الف وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقوم حصة
يقابلها الربح او شركة في جهة بمقدار من الربح او الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال
رب المال هي بضاعة او بيعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسواء
مضاربا وان كانا اتفقا على عدم الاقرار ان يكون مضاربا في الاصل اقرضه ولو اقاما البينة فالبينة
للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما
على الاخذ بالاذن ورب المال يدعي عليه الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان اقاماها
لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص
فظاهر لان العموم هو الاصل كما بينا وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكار ذلك نهيا له عن العموم ولو ان
يرجع عنه قبل التصرف اذا ثبت هذا العموم نصا فمنهما فهما اولى وان كان بعد ورب المال يدعي العموم
فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها
العموم والتخصيص بالشرط بدليله انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع التجارات فلو لم
يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة واذا كان يدعي العموم متمسكا
بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما شيئا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن
يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب قال المص لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى
البينة واعترض عليه بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب
بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المص اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما
يدعيه من الخيانة وموجب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى البينة ولو وقت البينتان وقتا فصاحب
الوقت الاخير اولى لان آخر الشيئين ينتفي الاول وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت احدهما
دون الآخر فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك
واذا تعذر القضاء بهما بقي بينة رب المال لانها تثبت الزيادة بالاثبات

وجه مناسبة هذا الكتاب عما تقدم قد مر واما الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة فالاجارة للتناسب
بالنفي من الادنى الى الاعلى لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض
وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة تمليك المنفعة بعوض وهي اعلى من الهبة لانه عقد لازم

واللازم اقوى والعلى ما ليس بلازم ومن محاسنها اشتمالها على بذل المطيع بدنه وماله في اعانة عباد الله
واستيجابه الاجر والثناء على ذلك وسببه تعلق البقاء للمقدور بتعاطيها من حيث التعاضد وقد قرر انا ومن جهته
بقوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها بالطاقة وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة
بها لترك بيد امين وفي الاصطلاح التسلط على حفظ المال وركنها اودعتك هذا المال او انا ما قام من
مقامها فقوله اودعتك او قبلت او التصرف المودع حقيقة او عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال
هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب لا ياخذ وترك الثوب ثم ضاع لا ضمان حاصلا لان هذا
يعد للوديعة عرفا وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد عليه لان الايداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون
اثبات اليد غير متصور فايداع الطير في الهواء والعبد الابق غير صحيح وحكمها كون المال امانة عنده فان
الوديعة امانة في يد المودع قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد
والامانة اعم من ذلك واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص والوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت
لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول و
الاغلال الخيانة الا ان الغلول للغنيمة خاصة والاغلال عام فيه فيظهر انه ذكره على جهة الحديث انه قال
شريح ليس بحديث مرفوع واجيب بانه مسند من عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم
ولان شرعيتها لحاجة الناس اليها فلو ضمن المودع امتنع الناس من قبولها وفي ذلك تعطيل المعاملة والمودع
ان يحفظها بنفسه ويمن في عياله قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون له نفقة المودع لحسب فان للاب
اذا اودع عندها شيئا جاز لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته
وكذا الاب لا يبيت فيه الوديعة لم يضمن لكن يشترط ان لا يعلم بمن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم
ضمن وهذا اذا لم يتعد عن الدفع اليهم لان الظاهر ان يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال
نفسه وانما يحفظ ماله بمن في عياله فيقوم ان يدفع اليهم الوديعة وفي هذا بقاء العيال ليس بشرط فانه روي
عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى كبير وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امناته ممن يثق به
في ماله وليس في عياله انه لا يضمن لانه لما كان موثوقا به في ماله كان في الوديعة كذلك قوله ولانه دليل آخر
على ذلك وهو انه اي المودع لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه حفظ ازمة بيته لا محالة ولا استيفاء
الوديعة على حد وجه وهذا معلوم للمودع فيكون راضيا به فان حفظها بغيرهم بان ترك بيتا فيه
الوديعة وخرج وفيه غير عياله او اودعها غيرهم بان نقلها من بيته او اودعها عند غيرهم ضمن لان
المالك رضي بيد الامين لا بيد غيره والحارات لا يبقى تختلف بالامانة قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر ان
يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له ان يستودع ماله عند غيره
فينبغي ان يملك ايداع الوديعة ايضا وخلافه ظاهر لان قوله الظاهر ان يلتزم حفظ مال غيره لا يدل
على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ قوله ولان الشيء يتضمن مثله قد يقدم ما يدل عليه
من النقض بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب فان لهم ولاية تفويض والوعد بالجواب ومتاعها كالمسلم

بذكرنا

بذكرنا هنا اجمالا وهو ان المستعير مالك للمنفعة والمأذون مصرف بحكم الملك وكذلك المكاتب
فيملك كل منهم التمليك والوضع في حرزنا لغيرا بداع ما تسلم اليه فيوجب الضمان الا اذا استاجره
فيكون حافظا بحرز نفسه وقوله الا ان يقع في دار حريق استثناء من قوله وان حفظها بغيرهم
ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره والالقاء الى سفينة اخرى لحفظ فيكون حفظ المالك
وينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى ذلك لادعائه حق ولاية مستقلة للضمان بعد تحقق السبب
وهو التسليم والالقاء فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة وقال في المنتقى
اذا علم احتراق بيته قبل قوله يعني بلا بينة ه — فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر
على تسليمها اذا طلب المودع الوديعة وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعد اذ المتعدي
هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بامساكه وقد حبسه
فصار ضامنا والخلط الثاني للتمييز يفيد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند ابي حنيفة وقالا ان
خلط بالجنس شركه ان شاء كخلط الدراهم البيض بمثلها والسود بمثلها والحنطة بالشعير بالحنطة
وقالا تعذر الوصول الى حقه صورة وامكنه على معنى بالقسمة وكل هو كذلك فهو استهلاك
من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه
الى عين حقه وهذا مستقيم عند الحكم قدره وامكنه معنى غير صحيح لانه بالقسمة وهو من احكام الشركة
فلا تصلح موجبة لها البتة بتقلب المعلول علة ولو ابراء المالك الخالط يسقط حقه عن ذمة
المودع عنده لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما يسقط حق الضمان لتعين الدين
لصرف الابراء اليه فتبقى الشركة في المخلوط وان خلط المبيع بغير الجنس كخلط الحنطة بالماء المهراق وهو
دهن السمسم بزيت الزيتون صار مستهلكا عند ابي حنيفة فيوجب انقطاع حق المالك الى
الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة ومعنى ولهما صورة ومعنى تعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس
لان حقيقة القسمة بالافراد وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس ومن هذا التبيين من قبيل انقطاع
حق المالك بالاجماع خلط الحنطة بالشعير والصحيح وقد روي في الصحيح احترازا عن قول بعضهم ان
الجواب في ذلك كالجواب في خلط الحنطة بالحنطة وان على الاختلاف المذكور لان احدهما لا
يخلو عن حبات الآخر فيتعذر التمييز صورة ومعنى وان خلط المبيع بجنسه اوجب الضمان عنده
كما ذكرنا من الاستهلاك وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر فيكون المخلوط لصاحب الكثير
ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد يشركه بكل حال اي سواء كان الخلط بالقليل او
بغيره لان الجنس لا يغلب الجنس عنده لما قلنا الرضاع اذا اجتمع لبن امرأتين في قدح وضرب
لحلق رضيع فيثبت الرضاع منهما جميعا عند محمد ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذا ابدله لصير وبرئه
طايعا بالاذابة وان اختلط بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلطا صارا شريكين
لانه لم يصنع شيئا يوجب الضمان وهذا بالاتفاق فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل

المال المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة فان انفق المودع بعضها ثم تلف الخلط
بالباقي ضمن الجميع البعض بالاستهلاك اتفاقا والبعض به خلطا لا اتفاقا فاجعل التلف قضاء لا خلطا
لعدم تعذره بالقضاء بغير محضر من صاحبه ولو لم يترك ما انفق كان ضامنا لما انفق دون ما بقي منها لبقاء
الحفظ فيه وعما انفقه لم يتعيب للباقي فان هذا مما لا يفرق التبعيض اذ الكلام فيه وان اخذ لينفقه
يداله فرده الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان اخذه لم ينافي الحفظ بمجرده البتة لا بصيرورته ضامنا
كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل فانه لا واذا انفق المودع في الوديعة واذا انفق
المودع في الوديعة فكتب الزيادة او لبس الثوب او استخدم العبد او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها
الى يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا لان
الوديعة لكونها امانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان انتفى الثاني الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا
بالرد على المالك ولنا ان الامر بالحفظ لا يخلو عن التقييد بوقت فيوجب بقاء الماضوريه وهو الحفظ على وجه
الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة تبدل فتبقى هذه الامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بانتهائه ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع
عاد حكم العقد وعورض بان الامر باق فيكون ما فعله ابتداء وام الحفظ وما هنا ثانية فالمخالفة فيه رد للامر
من الاصل كالجحود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كما لا يعتبر بعد الجحود اجيب بان الامر ان المخالفة
فيه رد امر الامر لان بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست
موضوعة لابطال الايداع ولا ينافيه الا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بان يقول للمتاع احفظ
وعنك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه رد موضوع للرد فيجوز ان يكون رد الشيء من الابتداء الجحود في اوامر
الشرع كلها يكفره والمخالفة بترك صلوة او صوم مامور به ليست برد ولهذا لا يكفر بها قوله كما اذا
استاجره تنظير لمسئلة الوديعة بالاستيجار فان المخالفة بترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار
كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعض ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض
الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه امينا واعترض بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه امينا باعتبار ان
عقد الاجارة عقد لازم فلا بد من بقائه بخلاف ما نحن فيه واجيب بان العقد اللازم وهو اللازم في
الانتفاع بعدم تسليم المنفعة عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة بنقض بعدم تسليم
المنفعة عليه ثم في الاستيجار ورد العقد على منفعة الحافظ لا المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فيترك الحفظ
في بعض المدة يبطل العقد لان ذلك القدر لا يكون باقيا لبقاء المنفعة عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله
فحصل الرد الى نائب المالك جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه ان المودع نائب المالك
فاذا ارتفعت المخالفة وما عاد حصل الرد الى نائب المالك وقوله فان طلبها صاحبها الى آخره ظاهر
اقوله ولو وجدها عند غير صاحبها فان قال رجل ما حاز وديعة فلان فقال لبرل عندي وديعة
يضمنها عندي ضمن وكذا لو وجدها عند صاحبها من غير طلبه منه بان يقول ما حاز وديعة عندك

فقال

فقال ليس لك عندي وديعة خلافا لزفر وانما ذكر خلافا فيما تجب وان كان عدم وجوب الضمان
قول العلماء الثلثة قيد لان هذا الفصل غير مذكور في المبسوط وانما ذكره اختلاف زفر وبعقبه فذكر كذلك
وجه قول زفر ان الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك او لا لان حقيقة ووجه قول الشافعي
ما ذكره انه من باب الحفظ لان فيه نفع لجميع الطاعين قال والمودع ان يسافر بالوديعة
والمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة قالوا اذا كان الطريق آمنا فان كان مخوفا
ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بها لا يضمن وان سافر بنفسه
ضمن لانه امكنه تركها في اهله ولا فرق بين السفر القريب والقصير فاما اليسير فذلك اذا كان له حمل و
مؤنة وقد تقدم معنى الحمل والمؤنة لكن قيد هنا الى مخوف اذا كان بعيدا وعند محمد قيد بما كان ابعد وقال
الشافعي ليس له ذلك في الوجهين سواء كان لها حمل ومؤنة او لا لان حفظ الملك واجب الامر بحفظ
بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيد سلمنا ان الملك الامر يقتضي الجهات لكن المانع
عنه متحقق وهو كون المفازة ليست محلا للحفظ اجاب بقوله والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا
والمعنى ان كون المفازة محلا للحفظ بملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مظنونا لما
جاز لهما ذلك فيه مسافرة الاب والوصي بمال الصبي للتجارة والناس يخالطون بالتجارة بجميع البلاد وليس
للمودع حق التصرف والاستيجار في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا اجيب بانه قد صحح
لا استدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولايتهما على مال الصبي نظرية واولى وجه النظر ما يتنه
عن مواضع التلف فلو كان في السفر بهم التلف لما جاز وحيث جاز فبالاتفاق انتفى وهم التلف ولهما انه بالسفر
مؤنة الرد لان المودع يحتاج ان يبعث لابعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد
كما اذا سافر جعلا السفر القريب عفوا فيما سلف الفتى البسيط والتجارات والشافعي يقيده بالحفظ للتعارف
وهو الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استاجره جعلا شهرا بدرهم ليحفظ ماله فانه
لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن قوله فلا مؤنة الرد جواب عن قولهما والفرق بينهما ان المؤنة
يلحق المالك لكنه ليس لها حق من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع امره فان امره مطلقا وهو لا يتقيد
بمكان فهو المعنى راجع الى المالك فلا يبالي به وقوله والمعتاد كونهم في المصر جواب عن الشافعي يعني ان المعتاد
كون المودع في وقت الايداع المصر لا خلفه فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها ولا ينقله الى الا
مصار على الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم لا على العقد واذا اراد المالك
ان يخرج بالوديعة تخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ لا المصر ابلغ فكان صحيحا قال
واذا اودع رجل مالا عند رجل وديعة اذا انفرد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقين
لم يجبر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقال لا بد من ايصال نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى
ان الباقي اذا هلك عند المودع كان للغائب ان يشارك القابض فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير
ليدل بوضعه على ان المراد موضع الخلاف والمذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة الكبير والمؤنث

به

لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكر محمد الخلاف فيما ينقسم وما لا ينقسم فان في الفوائد
الظهيرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ
نصيبه بالاجماع وحكاية الجامع في المسئلة المشهورة لهما انه لطالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في
الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ومن طالب بما سلم لم يمنع عنه ولهذا كان
له ان يأخذه وان كان في يدي المودع بالاتفاق وكان محمد لا يسلم انه لطالبه بتسليم نصيبه بل يدفع نصيب
الغائب لانه يطالبه بالمحرز وحقه ليس فيه لان المحرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتجزأ الا بالقسمة وليس
للمودع ولاية القسمة لانه ليس بوكيل وكذلك ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك
لانه يطالبه بتسليم حقه ارجح المديونين لان الديون تقضى باشباهها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغريم المديون
متصرف في ماله نفسه فيجوز وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب عليه ذلك والجواب
الغريم حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم ارجح حقه
وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى باشباهها والمشترك مال المديون ليس بمشترك بينهما
والقضاء انما يقع بالمقاصة قوله له ان يأخذه جبرا عن قبلها ولهذا كان له ان يأخذه وتقريره جبرا ان الاخذ لا يمكنه
ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورة الجواز بمعنى من لوازمه لانفكاكه عنه كما اذا كانت له الف درهم
وديعة عند انسان وعليه الف دين فلغريمه ان يلزم المودع بالكسر ان يأخذ اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع
اليه قوله وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما ينقسم هو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون
اما لا ينقسم وهو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق وكلام واحد وقال في المبسوط قول ابي
حنيفة انه لا يجوز لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة واحد فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يجبر
راضيا بحفظ احدهما لكن اذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها لا يضمن معناه اذا لم يكن
له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا
بد له منه لم يضمن اما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه او كانت شيئا يحفظ على ايدي النساء
فنهاه من الدفع الى امرأته وهذا معنى قوله وهو مجاز الاقرار والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والتعدية ممكنة
وجب مراعاته والمخالفة توجب الضمان وان لم يكن مفيدا او كان ولم يكن التعدية كما في تحت فيه يلغو و
على هذا اذا نهاه عن الدفع الى امرأته ولها امرأة اخرى اجنبية او عن الحفظ في الدار وله اخرى في الدار فهلك
ضمن واذا نهاه عن الحفظ في بيت من دار فحفظه في غيره وليس في الذي نهي عنه عورة ظاهرة او نهاه عن الدفع
الى امرأته وليس له سواها او عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد والثاني غير مقدور
التعدية فان ومن اودع رجلا مالا اذا اودع المودع الوديعة ضمن دينه الا عند
ابي حنيفة ويجب رد المال لا تضمن ابدا شيئا عندهما لانه قبض من ضمن لا من المالك لم يرض بغيره فكان
الاول مستردا بالتسليم الى المالك والثاني قبض عنه والقابض من الضمين ضمين كمودع الغاصب غير انه ان
ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول

لانه

لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارق
لوجود ما هو المقصود من حفظه بحفظ رايه وتدبيره لا من حفظه بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بحفظه
كما له فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمين فلم يوجد تعدد
منهما فاذا فارقه فقد تركه الحفظ المستلزم قبضه واما الثاني فمن على الحالة الاولى وهو القبض من امين
اذا لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمن كما لو رجع اذا القت في حجره ثوب غيره واذا كان في يد رجل الف فاودع
رجلان كل واحد منهما انه له اودعها الى آخره ظاهر سوى الفاظ تذكرها قوله لتعاير الحقين لان كل واحد
منهما يدعي الف قوله وان نكل عن اليمين اي بعد ما حلف الاول قوله ولا يقضى بالنكول يعني للاول لان الثاني ربما
يقول انما نكلت لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما قوله فيكشف وجه القضاء بان يقضي
بالالف للاول والثاني او لهما جميعا لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان
الالف بينهما فكذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه قوله لانه اي لان المودع المنكر اوجب الحق بنكوله
واحدهما بعينه عند ابي حنيفة وبالقرار عندهما ولو قضى للاول وجب نكوله قال الامام الحلواني البزدوي
في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لان الرضى قد
انما باختياره او بالقرعة وكذلك لم يبطل حق الثاني ولم يذكر انه اذا حلف للثاني ما حكمه وقال الحسن في شرح الجامع
الصغير فان حلف يقضى بكله للاول وقوله لكون اقراره لا يكون النكول اقرارا دلالة وقوله ما هذا العبد
لي يعني لا تقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا يضمن لانه تمام اقراره للاول ويثبت له حق الاول لا يفيد اقراره به
للثاني لانه لا يكون دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله بناء اي قال الخصاف يحلف عند محمد بناء على ان المودع اذا اقر
بالوديعة وادعى الدفع بالقضاء الى غيره يضمنها عند محمد خلافا لابي يوسف لما اذا اقر بالوديعة لانسان ثم قال
اخطأت بل هي لهذا كان عليه ان يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن
للآخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه يصير منكرا على الثاني لاقراره بها للاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا
دفعها الى الاول بغير قضاء فان دفعها بقضاء فكذلك في قول محمد خلافا لابي يوسف لان بجحوده اقراره
لم يفوت على احد شيئا وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد انه سلط
القاضي على القضاء بها للاول بالاقرار وقد اقر انه مودع للثاني والمودع اذا سلط على الوديعة غيره صار
ضامنا وللمسئلة تفريعات ذكرت في المطولات كتاب العارية
قد ذكر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها وهو حاجة المحتاج فهي مشتقة من التعاور
وهو التناوب وكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان نفع النوبة اليه بالاستدلال من شاء وانه
قيل لا تفريع اصلا حافظا لدعامة العلماء هي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة
الانتفاع بملك الغير فيه وهو قول الشافعي فان لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب
المدة والنهي يدل فيه ولا يملك الاجارة من غيره وكل من ذلك يدل على انها اباحة اما الاول فلان التمليك
لا ينعقد بلفظ الاباحة واما الثاني فلان التمليك يقتضي ان يكون المنافع معلومة لان تمليك المجهول لا يصح

ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشيء فكان تمليكا للمجهول واما الثالث فلان المعير يملك النفع بالاستعمال
ولو كان تمليكا لما ملكه كالاجر لا يملك نفس المستاجر عن الانتفاع واما الرابع فلان المستاجر يجوز ان يوجر للمستاجر
لتملكه المنافع فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك كما في الاجارة والجهة وقال خاتمة العلماء انها تنبئ عن التمليك
فان العارية من العرية وهي العطية وهي انما تكون تمليكا ولهذا ينعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك
منفعة داري هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التمليك فهو تمليك فان قيل المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك
اجاب بقوله والمنافع وان لا تملك كالاعيان وبنى على ذلك قوله والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض وفي
ذلك ظاهر لا نزاع فيه ثم الاعيان تقبل النزعي فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة وفيه بحث من وجه الاول
انه استدلال في اللغويات وهي لا تقبل لان العرف الذي تعرض شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك
وان انتقض يكون غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في المقدمات
والثاني انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شرائط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه
الى فرع هو نظيره والا فنقيضه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضوعه اصول الفقه والثالث ان من شرط
القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظيرة الاعيان ويمكن ان يجاب عنها
بان هذا التعريف انما نقلها ورسمي فان كان الاول فخاذكه لا بيانه يحمل لبيان المناسبة لا للاستدلال على ذلك
وان كان الثاني جعل بيان لطائفة تعرف بها العارية ولو جعلت المذكورة الكتاب حكم العارية وعرفتها
بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من التكرار وليس الكلام معاينا فيه ظاهرا فحمل عليه اولى
قوله ولفظ الاباحة جرى عن قول الكرخي انها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه ان ذلك مجاز لكان الاباحة
تنعقد بلفظ الاجارة باحة ولا تنافيه كونها تمليكا قوله والجهالة جرى عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك و
وجه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم ووجه آخر ان الملك
في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة قوله والنهي عن التحصيل جرى عن قوله ولذلك
يعمل النهي فيه ووجهه ان عمل النهي ليس باعتبار انه ليس في العارية تمليك بل من حيث انه النهي عن المستعير عن تحصيل
المنافع التي لم يملكها بعد وله ذلك لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع عما ملك المستعير اي وقت شاء
كالهبة وقوله ولا يملك الاجارة جرى عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما
سيجيء هذا ما يتعلق بتفسيرها او حكمها وشرطها ما يتعلق الغير للانتفاع بها بيانها وسببها ما تصرا
من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع وهي عند جائز لانه نوع احسان وقد استعاذ النبي عليه السلام دروعا
من صفوان والمقدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به قال ونصح بقوله اعرتك
هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية ونصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية والمعمل
هذه الارض لانه مستعمل قبل اي مجاز فيه في عبارته نظر لانه اذا اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف
والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذن بين العبارتين والحق ان كلا منهما صريح لكن
احدهما حقيقة والآخر مجاز فاشار الى الاول بقوله مستعمل اي مجاز ليعلم ان الآخر حقيقة وسمحك هذا الثوب اي

اعطيتك

اي اعطيتك المنحة وهي الناقة او الشاة يعطيها ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذبحت ولدها انه كثير حتى قيل
في كل من اعطى شيئا منح وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد اي بقوله هذا الجهة لانها التمليك العين عرفا وعند
عدم ارادة الجهة يحمل على تمليك المنافع تجوزا مجازا من حيث العرف واخدمتك هذا العبد لانه اذن
له في الاستخدام وهو العارية وداري لك سكنى لان معناها سكناها لك وهي العارية وداري لك
عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه منصوب على التمييز من قوله
لك لان قوله لك يحتمل تمليك العين وتمليك المنفعة فاذا تميز تعينت المنفعة فحمل الكلام عليه اي على
تمليك المنافع دلالة آخر حمل المحتمل على المحكم والمعبر ان يرجع الى العارية متى شاء لقوله صلعم المنحة مردودة
والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه نظر بعد التخصيص لما عرفت ان المنحة عارية خاصة وفيه زيادة
ومبالغة في ان العارية مستحق الرد ولا يملك المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد
مما لم يتصل به القبض وهو لا يملك الا به فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير
تعد لم يضمن ان هلكت العارية فان كان بتعد كحمل الدابة ما لا يحمل مثلها او استعمالها استعمالا لا يستعار مثلها
من الدواب اوجب الضمان بالاجماع وان كان بغيره لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه
لا عن استحقاق فيضمن قوله لنفسه احتراز عن الوديعة لان قبض المودع في لاجل المودع لا لمنفعة نفسه
وقوله لا عن استحقاق اي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينفسخ الا بعد رضاه احتراز عن الاجارة
فان المستاجر يقبض المستاجر بحق له لهما لمالك النقض فلا يضمن المدة بدون رضاه فان قيل قبض
باذن وهذا لا يوجب الضمان اجاب بقوله والاذن يثبت حزورة الانتفاع والثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت في غيرها لم يظهر
فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا اي لكون الاذن ضرورتا كان واجب الرد بعينه مؤنة الرد واجبة
على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكنه لما كان قبض مال غيره
لنفسه لا يستحق فاذا هلك ضمن فكذا هذا وقيل ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان بعني ان الضمان
اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك يوجب له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد
به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه تمليك المنافع بغير عوض او اباحة على اختلاف القولين
وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان
اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد والوضع
لان اذن المالك لا يقبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه قوله والاذن جرى عن قوله والاذن
يثبت حزورة الانتفاع يعني انه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة خاصة ولم يتعد الى العين وتقريره
الفقه بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن الا للانتفاع
فلم يكن تعد ولا ضمان بدونه وقوله وانما وجب الرد مؤنة جرى عن قوله ولهذا كان واجب الرد
وتقريره ان وجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه وجب بمؤنة القبض الحامل للمستعير كنفقة المستعار فانها

على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على ان القبض لا غير استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الترد
فيه واجب لنقض القبض كذبه بل الاذن فاذا لم يوجد صار ترد وجب الضمان وقد رد المقبوض على سوم الشراء
جوابه عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان الماخوذ بالعقد
لم يحكم العقد فصار كالماخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد و
لكن لا نسلم انه يوجب الضمان اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس
عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقيمت مقام الحقيقة
نظرا له الا ان الاصل لا يضمن العقود الفاسدة كذلك مثلا لا ملا وانما يصار الى الثمن عند وجود العقد واذا لم يوجد
صير الى الاصل وقوله على ما عرف في موضعه قيل يريد به شيخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارة من المبسوط قال
وليس للمستعير ان يواجرها استعارة وليس للمستعير ان يواجر المستعار فان آجر فغصب له وجهين احدهما
ان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما فوقه والثاني انا لو ضمناه فاما ان يكون لازما او غير لازم ولا
سبيل الى شيء من ذلك اما الاول فلانه خلاف مقتضى الاجارة فانه عقد لازم ما نعقاده غير لازم عكس الموضوع
واما الاول فلانه حينئذ يكون مستبدلا المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء
مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو ايضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فاما بطلنا
واذا ثبت بالهلاك كان بالتسليم غاصبا فيضمن حينئذ سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستاجر لانه تصرف
لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستاجر
لانه ظهر ملكه نفسه وان ضمن المستاجر رجع على المؤجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور
بخلاف ما اذا علم وللمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل والاستخدام
والسكنى والزراعة وقال الشافعي ليس له ان يعيره لان اباحة المنافع على ما مر والمباح له لا يملك الاباحة وهذا
لان كون الاعارة اباحة لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلت موجودة في الاجارة للضرورة
وقد اندفعت في الاعارة بالاباحة فلا يصار الى التمليك ولنا انها تمليك المنافع على ما مر فيتضمن ملك الموصى
بالخدمة جاز ان يعير فيملكه المنفعة قوله والمنافع اعراض قابلة جوابه عن قولهم والمنافع غير قابلة للملك
وتقريره انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة يتحقق في الاعارة كذلك دفعا للحاجة وقد مر
لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تمليك المنفعة لما فرقت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل
وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل فعلى هذا يدل الضرر عن
المعير لانه رضي بالمستعمل لا بالمستعمل غيره وقال بعضهم ان ولاية الاعارة للمستعير اذا اعدت الاعارة مطلقة
فوجب ان يبين اقسامها فنقول وهي على اربعة اوجه وهي مبنية على قاعدة احدها ان يكون مطلقة في الوقت
والانتفاع والثاني ان يكون مقيدة فيهما والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع
والرابع بالعكس فالمستعير في الاقسام ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني
ليس له ان يجاوز منه ما سماه من الوقت المنتفع الا اذا كان خلافا الى مثله لك كمثل استعار دابة ليحمل عليها

قفيزا ان

قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة اخرى او الى خير منها اذا حمل مثل ذلك شعيرا استحسانا
وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا ترى ان الوكيل بالبيع
بالف درهم اذا باع بدنانير لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده
دفع زيادة الضرر عن دابته وهذا كما لو حمل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا
وفي الثالث والرابع ليس له ان يتعدى ما سماه من الوقت والنوع وعلى هذا فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا تتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه
المطلق كان له التعيين حتى لو ركب يتقيد تعيينه بالركوب فليس له ان يركب غيره وبالعكس كذلك وقد فهم
ضمن تعيين الركوب في الاول والارتكاب في الثاني وهذا الذي ذكره اختيار فخر الاسلام وقال غيره له ان
يركب بعد الارتكاب ويركب بعد الركوب وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام وفي
وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض اذا استعار الدراهم فقال له اعرتك
دراهم هذه كان بمنزلة ان يقول اقرضتك وكذلك كل مكيل وموزون ومعدود لان الاعارة تمليك
المنفعة ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها وكان ذلك تمليكا للعين اقتضاء وتمليك
العين اما بالهبة او القرض والقرض ادناهما لكونه متيقنا به لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب
رد المثل وما سواه قد ضرر الغرور والثابت يقينا ولا يدخل تحت قضية الاعارة الا انتفاع ورد العين وقد
عجز عن رده فافهم رد المثل مقامه وفي المشايخ هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة
بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة
وصار كما اذا استعار آنية ليتجمل بها او سيفا محلى ليتقلد به قال عامة مشايخ المكاييل والموازين اذا
ثبتها والعيار المعيار الذي يقاس عليه ويستوى واذا استعار ارضا للبناء والغرس جاز وللمعير
الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس اما الجواز فلتقرر هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا
بالاعارة دفعا للحاجة واما الرجوع فلما بينا يعني به قوله وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله
صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة واما التكليف فلتقرر الرجوع اذا كان صريحا في المستعير
شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم المعير اما ان وقت العارية او لم يوقت فان لم يوقت فلا ضمان
عليه لان المستعير مغرور من جانب المعير حيث اعتمد اطلاق العقد وظن انه يتركها في يده مدة
طويلة من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح لما ذكرنا ولكن يكره لما
فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له اذ الظاهر
الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعا للضرر عن نفسه فان قيل الغرور الموجب للضمان هو
ما كان في ضمن عقد المعاوضة لا ضرر والاعارة ليست كذلك اجيب بان التوقيت من المعير التزام منه
لبقاء البناء والغرس ان اراد اخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقدير كلامه اين هذه الارض لتملك
على ان اتركها في يدك الى مدة كذا فان لم اتركها فانا ضامن لك بقيمته حالة وقال الاكثر كلام العاقل

محمول على التأبيد ما امكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعا لا بد لفائدة لذكر الوقت فذكر
ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان يتحركه يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة
فيقوم ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة ودنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون
قيمة النقض دينارين ترجع بهما كذا ذكر القدوري يريد به مجاز ما نقص ولا كر الحاكم الشهيد ان
المعير يضمن للمستعير قيمة غرسه وبناءه فيكون له الا ان يشاء المستعير ان يدفعهما ولا يضمنه قيمتهما
تلك ذلك لانه ملكه قالوا هي المشايخ اذا اعاره بالارض حتى يزرعها بالقلع فالخيار الى رب الارض لانه صاحب
اصل والمستعير صاحب تبع والتبع بالاصل قلت يعني كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعير يضمن نقصان
البناء والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرر اما اذا لحق فالخيار الى الابقاء بالقيمة مقلوعا او
تكليف القلع وضمان النقصان الى صاحب الارض وهذا ظاهر ولو استعارها ليزرعها لم يزرعها حتى
يحصد الزرع جاز لانه يجوز بطريق الاجارة باجر المثل وقت اولم يوقت لان للزرع نهاية معلومة وفي
الترك مراعاة الحقين فانه لما كان الترك باجر لم تفت منفعة ارضه مجانا ولا زرع الآخر بخلاف الغرس
لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال ـــــ واجرة العارية على المستعير
اجرة العارية على المستعير لا اجرة العين المستاجرة على المؤجر ذلك لان الاجرة اذا كانت الرد فمن
وجب عليه الرد وجب اجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء
الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستاجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان المنفعة قبضه مسلمة
للموجر معنى فكذا عليه مؤنة رده كما ذكرنا ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة
لان منفعة الاجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه تبعا اولى من المنفعة وعلى هذا الخلاف
اجرة المغصوب على الغاصب ـــــ الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فكان المؤنة عليه ومن
استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فعطبت لم يضمن وفي القياس يضمن لانه بقبضه لا رد وصار كمن
المغصوب والوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه ـــــ الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد
الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله
لما اودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد الجوار الى دار المالك
معتاد كرد البيت فانه لو ردها الى المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن وكذا المستعار عقد لو لم يردها الا الى
المعير للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده واجيره مستانة اي
متاعه فهو صحيح لانه امانة ولو حفظها على يديهم كما في الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره
لوجود الرضى به من المالك الا يرى انه لو ردها اليه فدفعها الى عبده واختلفا في استرداده كان هذا
العبد ممن يقوم على الدواب فيقيد به وقيل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه والجاه وان يردها
مع اجنبي ضمن ودلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو
الكرخي ومن قال انه يملك الايداع وهو مشايخ العراق او لو اهذه المسئلة بانه الاعارة لاقتضاء منافعها

فكان

فكان اذ ذاك مودعا وليس له ان يودع غيره فاذا اودعه وقاربه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقي كلامه ظاهر
لا يحتاج الى شرح والله اعلم بالصواب

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة في الرابعة ومن تامل محاسنها علم المحبة وهي في اللغة عبارة عن ايصال الشيء الى الغير
بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة تمليك المال بلا عوض وهو عقد مشروع لقوله
صلى الله عليه وسلم تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع ويصح بالايجاب والقبول والقبض وهذا بخلاف البيع مرجعه
العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب فلم
يقبل بر لا يمينه بخلاف البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض
بخلاف البيع وقال مالك يثبت الملك فيها قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا
قوله عليه السلام لا تجوز الا مقبوضة اي لا يثبت حكم الهبة وهو الملك اذ الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق وكانه عقد
تبرع وعقد التبرع لم يلتزم به شيء لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم وقال
باب التبرع بالشيء قد يلتزم به ما لم يتبرع به اذا كان من حاجته ضرورة فصحيحه كنذر ان يصلي وهذا
يحدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم او صلوة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الواجب
الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا كما ذكرت هذه الصورة فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم
الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم
فلا يجب ما يتم به بخلاف الوصية فان الملك يثبت بها بدون القبض فانه لا الزام ثمة زيادة على ما تبرع
وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحينئذ لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم
وهذا موافق لرواية الايضاح وقال ـــــ في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد
العقد كالوصية الحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه
غير لازم والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزيله بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتاكد به ويقوى
الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لكون الموت سببا في المالكية فيقع الالحاق قوله وعن الوارث متاخر جوابه
عن ما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب ان يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث اليه وتقريره ان حق الوارث
متاخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معنى لتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك
فيها وان كان قبض الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق
لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض
تصرف في ملك الواهب لان ملكه بعد القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح
وجه الاستحسان في الاذن بالقبض في المجلس بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو
ثبوت الملك يتوقف عليهما كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بد له القبول
والمقصود ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك يكون الايجاب
منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا له دلالة ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانه انما

ابتنا التسليط فيه المفاد بالقبض بالقبض والقبض يتقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه فان قيل يلزم
على هذا ما اذا نهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجز له القبض اجاب بقوله بخلاف ما اذا كان
بعض صريحا في المجلس لان الاجازة لا تعمل مقابلة الصريح وفيه بحثان الاول لو كان القبض بمنزلة القبول
لما صح الاقرار بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني ان معنى البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم
الايجاب والقبول والمبيع حاضر لم يحصل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبض المشتري بدون
اذنه جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن واجيب عن الاول بان الايجاب من البائع شطر العقد وهو لا
يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بانا لا نسلم ان مقصود
البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني لا
يعتبر به قال و تنعقد الهبة بقوله وهبت واعلم ان هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها
الهبة وقد تقدم من القول قوله لان الاقرار فيه والثاني مستفاد من كلامه وان لا ارادة المطلوب من
الفاظ نذكرها قوله اكلها ولادك خلت مثل هذا روى النعمان بن بشير قال نحلني ابي نحلا ما وان ابن سبع
سنين فابت امي الا ان يشهد على ذلك رسول الله عم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله عم فاخبره بذلك
فقال الك ولد سواه قال نعم فقال اكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وقوله عليه السلام
ولو رثته من بعدي او لورثة المعلوم من بعد الحمل ابني بثبت به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع
وكذا لو شرط الرجوع صح لما يبطل شرطه وقوله لما قلت اشار الى قوله فلان حرف اللام للتمليك وقوله لان
الحمل من الارتكاب حقيقة يعني انه تصرف في المنافع فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان
اللفظ قد يذكر للتمليك فاذا نوى يحمل لفظه فيما فيه تشديد عليه على نيته لا لانه هذا ما تقدم
في العارية من قوله لانها لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه
هناك ان قوله لانها لتمليك العين يعني في العرف فاستعمالها في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هنا لان الحمل
من الارتكاب حقيقة يعني في اللغة فاستعمالها في الحقيقة العرفية مجاز لغوي ولو قال منحتك هذه الجارية فانه عارية
لما روينا من قبل يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة وقوله ولو قال داري للسكنى
سكنى او سكنى هبة اي هو بمنزلة هبة في الموضعين اما على الحال او التمييز لما في قوله داري لك من الابهام وقوله لان العارية
حكم في تمليك المنافع فان الواجب ان يقول لان سكنى محكم في تمليك المنافع اذ هو المذكور في الكلام ويجوز ان
يقال سكنى لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية ولو قال هبة سكناها فهي هبة لان قوله سكناها مشورة وليس بتمليك
وهو تنبيه على المقصود انه ملك الدار عمرة بسكناها وهو معلوم وان لم يذكره قال بتعبيره حكم التمليك بمنزلة
قوله هذا الطعام للتأكل وهذا الثوب لك تلبسه فان شاء قبل مشورة وفعلها قال وان شاء لم يقبل
بخلاف قوله هبة سكنى لانه تقييد والفرق بينهما ان قوله سكنى اسم فجاز ان يقع تفسيرا لاسم آخر بخلاف قوله
سكناها لكونه فعلا وقيل لان قوله سكناها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لفعل المتكلم قال و لا يجوز
الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الموهوب اما ان يحتمل القسمة او لا وما يحتمل ذلك ان كل شيء يضر التبعيض

فيوجب

فيوجب نقصانا في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالاول كالعبد والحيوان والبيت الصغير
والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاصل ان من وهب شيئا اذا وهب الثمر على
التخيير دون النخيل او الزرع في الارض دون ما فان الموهوب ليس بمحوز ارض مفروض والاصل عن المشايخ فانه اذا
جاز وقبض الثمر الموهوب على التخيير وكثر ذلك الثمر مشتغلا بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم
ومعنى قوله لا تجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة
للملك قبل تسليمه مفرزا فانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم افرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا
ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقفت اثباتها الملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف
ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا
يحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم و
ذلك ليس عليها ينبغي وتصحيحه بما ذكرنا قال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة
للملك الموهوب له لانه عقد تمليك وهو ظاهر وعقد التمليك يصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه يعني الصحيح والفاسد
والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع فاذا باع وخلى بينه وبين المشتري
خرج عن ضمان البائع ودخل ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان
البائع والدخول في ملك المشتري مبنيان على القبض وكذا يصلح المشاع ان يكون رأس مال السلم وبدل الصرف
والقبض شرط فيهما وهذا الجواز باعتبار ان المشاع قابل لحكمه الحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع و
الارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد
صادرا من اهله مضافا الى محله ولا مانع ثمه فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم
يجوز ان يكون الشرع مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية
بان دفع الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعطي النصف الآخر بضاعة وبان اوصى لرجل بالف درهم فان
ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا ان القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا
من قوله عم لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كمالا لان التنصيص عليه يدل على الاعتناء لرجحان وقبض
المشاع ناقص لانه لا يتمكن الا بضم غيره اليه اي بضم غير الموهوب الى الموهوب والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب
وكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة العدم
الذي لا يعتنى به شرعا ولان في تجويز التزام الواهب شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك
لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل ضرر مرجوح لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضرر
من الضرر ما لم يكن مرضيا اجيب بان المرضي لبس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بان
الملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ولهذا اي ولاجل ان هذا العقد التزام ما لم يلتزم امتنع جوازه
قبل القبض لئلا يلزمه التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف ما لا يقسم لان الممكن فيه هو القبض
القاصر فيكتفي به مرة ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة كذا اجاب بقوله والهبة باطلة بلزوم ما لم يتبرع به

وهو المنفعة والتبرع به هو العين وقد تكرر بقاء الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن
جواز ما فقد وجد وان خصصتم بعدم الى ما تبرع بكان تحكما والجواب بتخصيص بذلك ويدفع
التحكم بان في عدم الى ذلك الزام زيادة عبث مواجرة العشمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس
لاخر ذلك لان المهاباة لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للموهوب
له وفي ذلك الزام زيادة عبث على ما تبرع لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع قوله والوصية جوابه عن قوله ما الوهب
والوصية والفرق بين ان التبرع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في الشائع والوصية ليست كذلك
وكذلك البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير مقصود عليه
فيها فان قبل القبض في الصرف مقصود عليه فلا يقع فيه اجيب بان كلا منهما يكون القبض مقصودا
عليه لثبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس بما نحن فيه فلانا عقد ضمان فيناسب عدم
مؤنة العشمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم يلزم العشمة وما جازت فالجواب بان والوصية
يتبرع من وجه بدليل انه لا يقع من الصبي والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستوفي مضمون بالمثل
لشبهه بالتبرع شرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه العشمة عملا بالشبهين على ان القبض
فيه ليس مبنيا عليه فيراعى على الكمال ولو وهب من شريكه لم يجز وان لم يلزم فيه مؤنة العشمة لان الحكم يدار على
نقل السبوع فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فانه اشارة الى الوجه الاول وعلة لذلك قيل الوجه
الثاني بتمشي في جميع الصور فلا يكون صحيحا وهو غلط لانه علة توجبه لاثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الا
لمراد الا شخص شخص ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله
ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا بحوز وقوله لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن
اعادها تمهيدا لقوله فان قبضه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع وبه يتبين ان المانع من الجمع
ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف دار لرجل ولم يسلم حتى لو وهب له النصف الباقي وسلما جملة جازت
فان ولو وهب دقيقا في حنطة بنى كلامه ههنا على ان المحل اذا كان معدوما حالة العقد لم ينعقد
الا بالتجديد بخلاف ما اذا كان مشاعا فانه بعد الانفراز لا يحتاج الى التجديد وذلك واضح لصلاحية المشاع للمحلية
دون المعدوم وهذا فيما يرشدك الى ان مراد المص بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله فالهبة فاسدة وقوله لان امتناع
الجواز للاستحالة عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير
جائز لاحتاج الى تجديد العقد عند الانفراز كما في المعدوم وانما جعل الدهن في السمسم والدقيق
في الحنطة معدوما لانه ليس موجودا بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معنى لكونه موجودا بالقوة لان
عامة الممكنات كذلك ولا تستهم موجودة واذا كانت الحنطة في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لانتفاء
المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض امانة جاز ان ينوب عن قبض الهبة على ما اذا باعه منه لان
القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة والاصل في ذلك ان ما كان القبضان يجوز نيابة احدهما
عن الاخر وتقابضهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية

فوجه

فوجه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلام القبضين ليس بقبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان
بيده مغصوبا او ببيع فاسد فوجه اياه لم يجز الى تجديد لان الاول اقوى فينوب عن الضعيف و
لو كان بيعا فاسدا فباعه منه فانه يحتاج الى تجديد لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض
الضمان ومعنى تجديد القبض ان ينتهي الى موضع فيه العين ويخلي وقت يتمكن فيه من قبضها واذا
وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الاشهاد
بشرط الا ان فيه احتياطا للتحرز عن جحود الورثة بعد موته او جحوده بعد ادراك الولد لانه اي لان
الموهوب في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ويدموا عه يعني في الاولى او في حكمه بخلاف
ما اذا كان موهوبا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره يعني في الاولى او في ملك غيره
يعني في الاخيرة والصدقة في هذا الهبة وكذا اذا وهبت الام لولدها الصغير وهو في عيالها او الاب ميت
والاوصياء وقد بقي له وهو في عيالها يكون لها عليه نوع ولاية وقد بقي من الاب وعدم الوصي لان عند وجود
ما ليس لها ولاية القبض وكذا كلام يعلمه لحرا لاخ والعم والاجنبي جاز له قبض الهبة لاجل التعميم فيدل الحلي
جواز قبض هؤلاء وكثر ذكرها الايضاح ومختصر الكرخي ولاية القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة
وهو الاب ووصيه والجد لابي الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في
عيال الثاني او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فيقام و
لانه من ملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله
لثبوت نوع ولاية له حينئذ الا ترى انه يؤاجر به ويسلمه في الصنائع فيقام هذا القدر مقام حق قبض الهبة
لكن ندفع باب المنفعة وارى انه لم يطلق ولكنه اقتصر على التقييد فذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو
معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له امه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف
ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم بان الجد العصبي مثل الاب لا كثر الاحكام ووصيه كوصي الاب
وان وهب للصغير اجنبي هبة فقبضها الاب لانه يملك الامر الدائر بين الضرر والنفع فالنفع المحض اولى
بذلك فان واذا وهب لليتيم هبة اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله
وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر
امه لكفالتها وتربيتها فقبضها له جاز لما تقدم ان لها الولاية وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لانه يدا معتبرة
الا ترى ان اجنبيا اخر لا يتمكن من نزعه من يده فيملك ما يتحقق نفعا في حقه لكثرة ان لا يوجد واحد
من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه وهو عاقل جاز لانه نافع في حقه وهو من اهل
مباشرة ما يتمحض نفعا له فان قيل عقل الصبي لغا ان يكون معتبرا الا فان كان الاب وجب ان لا يصح قبضه
وان كان الاب وجب ان لا يجوز اعتبار الخلق مع وجود اهليته فالجواب ان عقله فيما نحن فيه
من تحصيل ما هو نفع محض مظهر لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار الخلق تفويتها ايضا لانه ينتهي به باب
اخذ تحصيلها فكان جائز انظر اذ ولهذا لم يعتبر المتردد بين النفع والضرر كالبيع المضر عليه

لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر وعواقب الامور فلا يتدمر جبرا بدراي الولي واذا وهبت
للصغيرة هبة ولها زوج فاما ان زفت اليه او لا فان كانت الاولى جاز قبض زوجها لها لان الاب قد تولى
امورها اليه حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ
المال كثير لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها والحق للمص رحمه الله عن
كونها بجامع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجامع لا يصح قبض الزوج عليها
وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فان تدبكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكره الا يصح
ان يقبض الزوج لها الا يجوز اذا لم يكن الاب جاعلا في الام وكل من يعولها غيرها فانهم لا يملكونه
الا بعد موت الاب او غيبة غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء المكفولة للضرورة لا يتفويض و
ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا قال صاحب النهاية
وان قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد الموت او غيبة
غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها وان كانت الام فله مخيرة لقبض
الزوج لها لان ذلك يحكم انه يعولها وان له عليه يدا مستحقة فلذلك لا يوجد قبل الزفاف قال
واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز واذا وهب اثنان دارا من واحد جاز لانتفاء الشيوع
لان الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما استماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان كانت
بالعكس لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يجوز لان هذه هبة الجملة منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة
كما اذا رهن من رجلين بدارا وفي الكتاب تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع
لا يحتمل القسمة دون الهبة ثم انه لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى وله في الجنسية ان هذه هبة النصف
من كل واحد منهما ولهذا لو كانت مما لا ينقسم فقبل احدهما صح فصار كما لو وهب النصف كل واحد منهما بعقد على
حدة وهذا الاستدلال من جانب التمليك لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير ممتاز فكان
الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال ويمنع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو
حكم التمليك يثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة
الى الجواب عما يقال الشيوع انما يؤثر في الصرفين جميعا فاما اذا حصل لاحدهما فلا يؤثر لانا لا نسلم
بالمنع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعا ووجه ذلك ان يقال ان سلمنا ان الشيوع
انما يؤثر اذا وجد في الصرفين فهو موجود في الصرفين واما ان المانع هو الحاق ضمان القسمة
بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس للمانع مخصوصا فيه بل الحكم يدور على نفس الشيوع لامتناع القبض به قوله
بخلاف الرهن جواب عما اذا استشهد به ووجهه ان حكم الرهن الجنس ولا شيوع
فيه بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وذكر رواية
الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية الاصل وذلك لان رواية الجامع الصغير
تدل على ان الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عندهما لكن يمنع عن جواز الهبة ورواية الاصل تدل

على انه

على انه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع وبناء على الجواز لانه سوى بينهما حيث حلف فقال وكذلك
الصدقة لكن قوله على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الزيادة على رواية الجامع الصغير ان الصدقة
تراد بها وجه الله تعالى وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها واما
الهبة فيراد بها وجه الغني والفرض انهما اثنان وقد بقي هنا امور الصحيح وتاويل ما ذكره الا ملا الصدقة
على غنيين فيكون مجازا للهبة ويجوز المجاز بما ذكره في الكتاب ان كل واحد منهما غلبك بغير بدل قال
ولو وهب لرجلين دارا اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء او بعد الاجمال فان كان الاول
لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل كقوله وهبت لك ثلثه لشخص ووهبت لك ثلثه لآخر او بالتساوي
كقوله لشخص وهبت لك هذا نصفه ولآخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وان كان الثاني لم يجز عند ابي حنيفة
مطلقا اعني سواء كان متفاضلا او متساويا مرتبا على اصله وجاز عند محمد مطلقا مرتبا على اصله وفرق ابو يوسف
بين المساواة والمفاضلة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز لا رواية على ما هو المذكور في الكتاب بقوله
وعن ابي يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية بعد قوله ولو كان
لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا وتقدم عن عامة النسخ من الذخيرة
والايضاح وغيرهما انه لم يجز بلا خلاف في الظاهر انه لبس ابتدائيا والفرق لابي يوسف ما ذكره في الكتاب
ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده بثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة
التفصيل بالتفصيل وعلى صورة بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فكونها غير معدولة عن
اصله وهو اصل محمد فليست بمحتاجة الى دليل وهذا التوجيه نظير ما قيد في قوله ان بالتنصيص على
الابعاض يظهر ان قصده بثبوت الملك في البعض تدعي اخلال حيث لا يعلم بما ذكره موضع خلافه من الابعاض
وما لم يذكر فيه خلاف من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيص بعد الاجمال في قوله وهبت لكما هذه
الدار لك نصفها ولهذا نصفها جاز واما لا يجوز عند التنصيص على الابعاض بالتنصيص اذا لم يتقدمه الاجمال
وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن اصله والمذكور في الكتاب يدل عليه واما صورة الجواز فليست بمحتاجة الى
الدليل لجريانها على اصله ووضح دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض
في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض فلانه يستوي فيه المساواة والمفاضلة
بناء على اصله يصح ان يكون بين الجواز وعدمه في الهبة ايضا وهو ان التفصيل اذا لم يحالف مقتضى الاجمال
كان لغوا كما في التنصيص في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال تملك كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل
على ذلك شيئا فكان لغوا واذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تغيير العقد فكانه اوجب لكل
واحد منهما العقد في جزء شائع تحملا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه
تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت
وقد ذكرنا ان حكم الهبة
ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى كشف ذلك وهذا بيان

بالتنصيص

بيانه واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها والمراد بالاجنبي هنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من
كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام والاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ الرضاعي وخرج بالتذكير
في قوله وهب واجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين احدهما وسلما اليه والثاني لم يقترن من موانع الرجوع
شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتمادا على انه يفهم ذلك في اثناء كلامه وقال ان في لا رجوع فيها لقوله عم
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده رواه ابن عمر وابن عباس ولان الرجوع ينافي التمليك
والعقد لا يقتضي ما ينافيه قوله بخلاف هبة الوالد لولده جر بليس عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد
للولد وتبين ان لا نم ذلك لان التمليك لم يتم لكونه جزاء لكونه على اصله اي على اصل الشافعي فان من اصله ان
للاب حق الملك في مال ابنه لانه جزء او كسبه فالتمليك من كالتمليك من نفسه من وجه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ارم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون حجة
لان ذلك لا يصح لان قوله احق يدل على ان غيره فيها حق ولا حق لغيره قبل التسليم ولانه لو كان كذلك لخلا قوله
ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق قبله وان شرط العوض لان المقصود في الهبة هو التعويض للمعاونة
لان العادة الظاهرة ان الانسان يعطي الى من فوقه ليصرفه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من
يساويه ليعوضه واذا انطرق الخلل فيها هو المقصود منها العقد يكون العاقد من الفسخ كالمشتري اذا وجد
بالمبيع عيبا فيثبت له ولاية الفسخ عند فوات المقصود اذ العقد يقام والمراد بما روي فيه استبداد الرجوع
يعني لا يستبد الواهب بالرجوع في الهبة ولا يتفرد به من غير قضاء او رضى الا الوالد فان له ذلك
اذا احتاج اليه لحاجته ويسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم وقوله في الكتاب
اي القدوري قبل الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلانه لقوله عم العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا
لاستيفاحه لا لتحريمه بدليل قوله عم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود حيث شبهه
بعود الكلب في قيئه وفعله لا يوصف بالحرمة ثم للرجوع موانع ذكر بعضها بعض القدوري وقد جمعها القدوري في قوله
موانع الرجوع في فصل الهبة باها جمعوه مع خرقه • فالدال الزيادة والميم موت الواهب والموهوب له
والعين العوض والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والتاء الزوجية والقاف القرابة والهاء
هلاك الموهوب ولا بد المص فقال الا ان يعترض عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة ولا بد
من قيد آخر وهو ان يقال يزيد زيادة في قيمة الموهوب اما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع
الرجوع واما اشتراط الانفصال فلان المتصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب
الرجوع وانما منعت المتصلة لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم
دخولها تحت العقد واما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن لذلك عادت نقصانا
فيه زيادة ضرر فانت تقصاني المخ فالا صبع الزائدة مثلا والجواب بالفرق بين الرد بالعيب
والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس
والجواب بانه الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول

لان الزيادة اما ان يكون منفصلة بالتراضي او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والثاني
يرد على موضوع العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة
في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو ثبتت لا يد الموهوب له مجانا لم يفض
الى الربا واما المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فلان قيد اسقاط حقه يصادفه
فلا يكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت
مانعة واذا مات احد المتعاقدين بطل الرجوع ايضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الى الورثة
وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل الى حال حيوته وان مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه
وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليمه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه وهو
التمليك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب فان
كان وهب لآخر ارضا بيضاء هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآري هو المتخلف
عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآري الاخية وهو عرق خشب تشد اليها الدابة في مجسها فاعلم
من تأري بالمكان اذا اقام فيه وقيد بقوله وكان ذلك زيادة فيها والواو للحال لان ما لا يكون كذلك او كان
ولكن لعلم المكان يعد زيادة في قيمة منها لا يمنع الرجوع في عينه وكلامه واضح وقوله واذا قال الموهوب
له للواهب بيان للالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليمنع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع
واما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب انه عوض هبته فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته وليس
من شرط العوض ان يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا
يتحقق فيها الربا ولا ان يخطر العوض على الموهوب له بل لو عوضه عنه اجنبي متبرعا صح واذا قبضه الواهب بطل
الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح لكنه يشترط فيه شرائط الهبة من
القبض والافراز لانه تبرع ويشترط ان لا يكون العوض بعض الموهوب مثلا ان يكون الموهوب دارا والعوض
بيت منها او الموهوب الف والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لان فعل الواهب ينبغي ان فعله الواهب
من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به قطعا لان فرعا فان الحق ذلك بسائر امواله اما لقبله من ماله ينقطع
الرجوع فكذا بعضه والجواب ان الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر امواله فلم يلتحق وان قبل
ملزم فقوله متبرعا فائدة اوذكره انفا فاجيب بانه من اثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما
بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المامور بذلك من الموهوب له اولى ان يبطل لان الموهوب له يؤدي
الى المعوض ما امر به ظاهرا فصار كتعويضه بنفسه ولو عوضه بنفسه لم يبق سببه في بطلان حق الرجوع
فكذلك اذا عوض بامره غير ان المعوض عنه لا يرجع عليه بما عوض سواء كان بامره او بغير امره ما لم يضمن
الموهوب له الواهب له مرجع اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان التعويض لما كان غير مستحق
على الموهوب له كان امره بذلك امرا بالتبرع بماله نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم
يضمن وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض

لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع عند علمائنا الثلثة وقال زفر يرجع بنصف العوض
قاس احد العوضين على الاخر لان كل واحد منهما مقابل بالاخر كما في بيع العوض بالعوض فانه اذا استحق
بعض احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بما يقابله ولنا ان الباقي يصلح ان يكون عوضا
عن الكل من الابتداء وما يصلح ان يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه في البقاء
لان البقاء اسهل من الابتداء فكل ما يصلح ان يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح ان يكون عوضا عنه
في البقاء بالاستحقاق اذ بذلك ظهر انه لا عوض عن الابتداء الا هو وعورض بان الفرض انه عوض واجزاء
العوض تنقسم على اجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف
فكان عوضا عن النصف ابتداء واجيب بان ذلك في المبادلات محقق اما في ما نحن فيه فليس كذلك
فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض
مشروطا لانه ثم مبادلة فيوضع البدل على المبدل والجواب عن قياس زفر ان المعوض يملك
الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام واما الواهب فيملك الهبة
ابتداء من غير ان يقابله شيء ثم اخذ العوض علة لسقوطه حق الرجوع والعلة لا تنقسم على اجزاء الكل
قوله الا انه اي لان الواهب يتخير بين ان يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين ان يمسك ولم
يرجع بشيء لانه ما استوفى حقه في الرجوع الا بتسليم الكل العوض ولم يسلم فله ان يرد ما بقي
من العوض وان وهب دارا فعوضه نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع خص
النصف غاية ما في الباب انه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض
فان قيل قد تقدم ان العوض لاسقاط الحق فوجب ان يعمل في الكل لئلا يلزم تجزي الاسقاط كما في
الطلاق واجيب بانه ليس باسقاط من كل وجه لما تقدم ان فيه معنى المقابلة فيجوز التجزي باعتباره بخلاف
الطلاق قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضى او القضاء
لانه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم
يعمل بنفسه في ايجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة يتقوى بها لجهة فاذا انضمت لكونها
بقضاء عالم ينفذ حكمها ما لم ينضم اليها النقض وفيه نظر تقدم خبر مرة والمحلوف حمل على اختلاف الصحابة رضي الله
ان ثبت قوله وفي اصل وقضاء اي لا اصل الرجوع ضعيف لانه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك
الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع قال للمغرب الوهاب بالمد خطاء
وانما هو الوهي وهو خطاء لان مد المقصور السماع فيه ليس بخطاء وتخطئة ما ليس بخطاء خطاء قوله وفي
حصول المقصود وعدمه خفاء فلا يتعلق منها الا ان كان التراب فقد حصل وان كان العوض
لم يحصل فاذا تراضيا لا يتم الفصل بالرضا او القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ
ولو منعه تهلك قبل لم يضمن لتمام ملكه فيه وكذا اذا هلك لا بد بعد لان اذن البعض غير معتبر
وهذا دوام على ذلك الا ان يمنعه بعد الطلب لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالرضا كان فسخا

من الاصل

من الاصل وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بما
ضمناه فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ والجواب
ان التراضي على سبب موجب للملك او على رفع سبب لازم يجعل العقد ابتداء وههنا تراضيا على رفع
سبب غير لازم وذلك لا يوجب ملكا مبتدأ بل يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويبيع
الشايع كما اذا وهب الدار ثم رجع في نصفها ولو كان الرجوع بغير القضاء يكون مبتدأ لما صح فيما يحتمل
القسمة كما في الابتداء فصحته دليل على بقاء العقد في النصف الآخر والشيوع طارئ لا اثر له فيها قوله
لان العقد هو الدليل على المطلوب وتقريره ان هذا العقد جاء الفسخ لما تقدم من ثبوت حق الرجوع
وما هو جاء الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له ولا فرق في ذلك بين الرضا والقضاء لانهما
يفعلان بالتراضي ما يفعله القاضي وهو الفسخ فيظهر على الاطلاق فيشمل التراضي والقضاء وقوله بخلاف
الرد جواب عن قياس زفر وتقريره ان الرد بالعيب بعد القبض انما كان في صورة القضاء خاصة لان
الحق هناك في وصف السلامة حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له الا في الفسخ لان
العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم ينقض الفسخ فاذا تراضيا على ما لم ينقض العقد من
رفعه كان ذلك ابتداء عقد منهما واما القاضي فانما ينفذ الا بما ينقض العقد من وصف السلامة
فان عجز البايع فقد بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي غير ما ثبت بالقضاء فافترقا واما قيد بقوله بعد القبض
لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء او بالرضا وفائدة هذا انه لو وجد بالثمن
فرهب الموهوب له آخر ثم رجع الواهب في هبته كان للاول ان يرجع سواء رجع الواهب بقضاء او بغير قضاء
لزفر في غيره واذا رد المبيع بعيب على البايع قبل القبض فللبايع ان يرد على بايعه كذلك وبعد القبض
ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغير قضاء فليس له ذلك قال واذا تلف العين الموهوبة
اذا تلف الموهوب المنحة تضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا ينقض
السلامة وهو غير عامل له اي للواهب احترازا عن المعاوضة فانه يرجع على المعاوض بما ضمن لانه عامل للمعاوض
لان ذلك القبض يحتمل الاجارة فان قبض بايجاب الملك في المحل واجازه بانه ملكه والغرور يوجب
الضمان كالبايع اذا غرم المشتري قال واجب بان الغرور لا يضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا
وقد تقدم فالمذكور في الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له فضمان ضمن بعد
الاستحقاق رجع على الواهب فلم يذكر المصنف ان سبب الرجوع اما الغرور او ضمن المعاوضة او با
لضمان فضمان واذا وهب بشرط العوض مثلا ان يقول وهبتك وهبتك هذا العبد على ان تهب لي هذا العبد لان
عقد بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع اما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض
في العوضين ولم يبين الملك لواحد منهما بدون القبض ويبطل بالرجوع فان تقابضا صح العقد وصار في حكم
البيع يرد بالعيب وجبار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانها بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع
ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد

من نفسه اعتاقا وهو ظاهر وكذا اذا اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما
وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما اما اذا اشتمل على الجهتين فظاهر واما
امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تاخير الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كما في البيع
الفاسد والبيع من حكمها اللزوم وقد يوجد ذلك في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المانع امكن
الجمع لا محالة فعملنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاؤه بمعناها وهو معنى البيع وهو التمليك
بعوض كالهبة في المرض فانها تنعقد في الحال صورة ووقتية معنى فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يبطل بعدم القبض
ولا يتم بالشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاؤه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني
فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه
لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح ان يكون مالكا لنفسه لما كانت المسائل المذكورة
لان هذا الفعل متعلق بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة فانه ومن وهب جارية
جملة اعلم ان استثناء الحمل على اقسام قسم منها ما يجوز في اصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها
ما يبطل العقد جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الجنس من النكاح والخلع والصلح عن دم
العمد فانه اذا وجب الجارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه
العقد والهبة لا تنعقد الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا غير لم يصح
فكذا اذا استثنى عليه ما قرر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية
يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء محالا فيمتنع العقد وهو معنى الشرط الفاسد
والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما يجيء والفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهور واللبن في
الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظهور واللبن في الضرع وحلبه وتبقى الموهوب له فانه جائز
استحسانا ولم يجعل الحمل واجيب بان ما في البطن لم يعمل اصلا لا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبان
اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعله ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب
في اللبن قوله وهذا اي صحة اصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها
لا تبطل بالشروط الفاسدة وقوله بخلاف البيوع والاجارة والرهن اشارة الى القسم الثاني لانها تبطل بها اي
بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو الهبة وسنذكره قريبا ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت
الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب حتى وجد عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فيكون هبة جائزة والشبه
الاستثناء في امكان تجويز الهبة ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باق على ملكه فلم يوجد
عن ذلك فيكون هبة المشاع وهي لا تجوز فان قيل هبة المشاع لا يحتمل القسمة وهي جائزة واجيب بان
عرضية الانفصال في ثان الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا لا الحال حتى ان الجنين لم يخرج عن ملك الواهب
فكان الحكم مشاعا يحتمل القسمة فكان المصنف استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء مستثنى عليه

الواهب

الواهب ونحوها اذا وهب الجواز وفيه طعام الواهب فانه لا يصلح كهبة المشاع المحتمل فان قيل يجوز
ان يجعل مسئلة التدبير مشابهة لا مستثناة ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا اريد بالاستثناء
الكلام بالباقي بعد الثنيا فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشيوع ومسئلة التدبير كذلك كما عرفنا
مشابهة بين الاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابهه والمصنف اراد بالاستثناء استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق
مشابهة لا جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم فان وهب له على ان يرتهنها عليه او على ان يعتقها ويتخذها
ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرتهن عليه ثنياها او يقبض ثنياها فالهبة جائزة والشرط
باطل ولا يتوهم التكرار لان قوله على ان يرتهن عليه ثنياها او يقبض لان عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه
عوضا انما هو بالفاظ قد تقدم ذكرها وانما بطل الشرط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه
ثبوت الملك مطلقا بلا توقيت فاذا شرط عليه الرد او الاعتاق او غير ذلك تقيدها والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة واصل ذلك ما روي ان رسول الله عم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر لا رجوعها اليه بعد موت المعمر له
وجعلها ميراثا لورثة المعمر له بخلاف البيع فانه يبطل بالشروط الفاسدة لانه عم نهى عن بيع وشرط لان الشرط
الفاسد لا معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها فانه ومن له على آخر الف درهم وهي له
على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهذه لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فذلك نصفه
او انت بريء من النصف الباقي وهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لانه اسقاط من وجه لانه
لا يتوقف على القبول وهبة الدين ممن عليه ابراء لانه بالرد لا يتوقف على القبول فان تمليك من وجه اسقاط
من وجه والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها
الى ما فيه تمليك فان قيل فعلى هذا هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب
الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له يتوقف على قبوله اجيب بان نقض علة لك لا من حيث انه لجهة الدين
بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بعد ثبوت القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين لا يتوهم بفسخه فلهذا
توقف على القبول قوله قلنا انه يرتد بالرد يفيد بالملك تراد عمل الرد في المجلس وغيره سواء وهو المروي عن السلف
وقال بعضهم يجب ان يرد في مجلس الابراء والهبة وقوله بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها اشارة الى ما
سقاطات المحضة ما لا يحلف بها ان لا يفيد التعليق بالشرط كالجعل للمأذون في عزل الوكيل والابراء عن
الدين مما يحلف بها الطلاق والعتاق وغيرهما والتحرير وهو ان يجعله دارا لمستحق غيره فاذا مات
يرد عليه جائزة للمعمر له في حال حياته ولورثته بعد موته لما روينا انه عم اجاز العمرى والشرط وهو قوله
واذا مات يرد عليه باطل لما روينا انه عم ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا ان
الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة فيكون قوله دار للمتهبة والرقبة وهو ان يقول تحرير داري لك رقبتي بالحال
عند ابي حنيفة ومحمد لا يفيد ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للمعمر ان يرجع فيه ويبيعه في اي وقت
شاء لانه يتحرر الملك في الانتفاع وعند ابي يوسف جائزة لان قوله دار لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد
لانه تعليق بالخطر لان الرقبة حاصلة امام الرقبة وان كان ما حاصلة امام الاقرار بخلافه قال رقبة دار

الرجل

لك فصار كالعمرى ولهما ما روى الشعبي عن شريح ان النبي عم اجاز العمرى والرقبى لان معنى الرقبى عندهما
ان يقول ان مت قبلك فهي لك اخذت منا المراقبة لانه يراقب موته وهذا معنى تعليق بالخطر فيكون باطلا
وقوله ولان معنى الرقبى عندهما يشير الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا لهذا التفسير بل لتفسير آخر وهو
ان يجعلها من الرقبة لما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشرع
في اللغة بعد استقرارها لا يجوز ما عنه محمد وحده لئن سلمنا فان قيل ما وجه جوابهما عن حديث جابر ان
النبي عم اجاز العمرى والرقبى اجيب بانه محمول على انه صلى الله عم سئل عن الرقبى مفسرا بوجه واضح
صحيح فاجاب بجوازه

فصل في الصدقة

لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الركن
وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلا فقال الصدقة الهبة
لانها لا تدخلها الهبة فلا يجوز فيما يحتمل القسمة شائعا بينا في الهبة ان الشيوع يمنع
تمام القبض المشروط ولا رجوع فيها لان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبة عوض عنها
وفيه تأمل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال
المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غني يحل الرجوع استحسانا وفي القياس له
الرجوع لان الغرض منه حصول العوض وقد جاء الاستحسان ان الصدقة على الغني سواء في جواز الرجوع
كما انها سواء في حق الفقير لعدم الثواب ولكن الهبة قال لما في ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض
والتصدق على الغني لا ينافي القربة قوله ومن نذر ان يتصدق بماله الى آخره ذكرها هذه المسئلة مع وجوبها
في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع ببعض عوض
وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسنذكر معنى الاجارة لغة وشريعة
فاما جوازها استدل الى انها حقيقة لانه لا خلاف ان لها نوعين نوع يرد على المنافع الاعيان كاستيجار
الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة وكحمل
ومن محاسنها دفع الحاجة فيما يحتاج من البدل فان كل احد لا يقدر على دار يسكنها او حمام يغتسل فيها
وابل يحمل اثقاله الى بلد لم يكن سببا يبلغه الا بمشقة التقرب وسببها ما مر غير مرة من فعل البناء للتقدير
بمقابلها واما شرطها فمعلومية البدلين واما ركنها فالايجاب والقبول بلفظين ماضيين من الالفاظ
الموضوعة لعقد الاجارة واما حكمها ودليل شرعيتها فسنذكره فان الاجارة عقد على المنافع
بعوض بين المفهوم الشرعي قبل التعريف لان التعريف هو الشرعي بلا مخالفة وهو بيان شرعيتها فالتعريف
اولى بالتقديم ولما كانت عبارة عن تمليك المنافع وهي غير موجودة في الحال ينتقض القول بجوازها
انها جوزت على خلاف القياس بالاتفاق لحاجة الناس فكان استحسانا بالاثر ومن الآثار الدالة على صحتها
ما ذكره في الكتب وهو قولهم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه فان الامر باعطاء الاجرة دليل على صحة العقد
وقوله عم من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وفيه زيادة بيان ان معلومية الاجرة شرط جوازها وتنعقد الاجارة

فسرها بها الثواب واذا وهب لغني
فكذلك عندنا لمقصود الثواب وقد
حصل وعن هذا ذهب بعض اصحابنا
الى ان الهبة والصدقة على الغني ج

فساعة على حسب حدوث المنافع لانه هو المعقود عليه فالملك في البدلين ايضا يقع ساعة فساعة لان الحاجة
تقتضي التساوي والملك في المنفعة يقع ساعة فساعة على حدوثها حسب حدوثها وكذا في بدلها وهو الاجرة فان قيل
اذا كان كذلك وجب ان يقع رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل ان ينعقد العقد فيها واذا استأجر
شهرا مثلا ليس له ان يرجع في الشهر الثاني بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد
ليرتبط الايجاب بالقبول اما للعقد والمقدار المعين ثم يظهر عمل العقد وانه في حق المنفعة حتى يتأخر
حكم اللفظ الى حين وجود المنفعة ملكا واستحقاقا فيعتبران معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع
العين فان الملك في المبيع يثبت في الحال وبناء هذا الاستحقاق الى تقديم الثمن وجاز ان ينفصل حكم العقد
عنه كما في البيع بشرط الخيار لا تصح الاجارة حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله
صلى الله عم من استأجر اجيرا فليعلمه اجره فانه لما يدل بعبارته على كون معلومية الاجرة شرطا يدل
بدلالته على اشتراط معلومية المنافع لان العقد عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به هو الاجرة
تابع لها لان الثمن في البيع فاذا كانت معلومية التبع شرطا كانت معلومية الاصل اولى بذلك ولان الجهالة
في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وهو واضح وما صلح ان يكون ثمنا
في البيع صلح ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيجري مجرى المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة
لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت
معينة صلح ان تكون اجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر لما ان
المنافع بضع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل
ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من دليل المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يثبت بمثال
آخر فلم يثبت بالمنفعة فانه تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة وكما
يصلح ثمنا اعلم قوله فهذا التعليل يريد به قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع لا ينبغي صلاحه اجرة كما ذكرنا
لانه عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع اموال فجاز ان تقع اجرة ولنا ان يقال الثمن عوض
مالي الى آخره ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود
والمقدر له الموصوفة التي يجب في الذمة بخلاف الاجرة فان والمنافع تارة تعتبر معلومة بالمدة
بالمدة وقد تقدم ان المنفعة لا بد وان تكون معلومة في الاجارة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة
فتارة تعتبر معلومة بالمدة كما سيجيء في الدور للسكنى والاراضي للزراعة مدة كانت ما كانت لان المدة اذا كانت
معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلومة فيصح اذا كانت غير متفاوتة بان سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع
فيها متفاوت فاذا لم يعين افضى الى التنازع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا
اذا كانت بحيث يحتاج اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وتارة
معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالاجارة للبيع واما اذا كانت بحيث لا يحتاج اليها احد العاقدين
فلم يعقد بعضهم لان الظاهر ان ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر عند المتيقن لا حكم الاحكام فصارت

الاجارة مؤبدة مفسدة والتابيد يبطلها وجوزه اخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام
العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بعدم العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يحتاج الى مدة يصل
اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل غير مؤبد التابيد ليصح
النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل ذلك كما حققنا اعتبارا للصيغة قوله الا ان في الاوقات
يجوز ان يكون استثناء من قوله اي مدة كانت وانما لا يجوز الاوقاة الاجارة الى مدة لو باع وهي ما زاد على الثلث
سنين هو المختار كيلا يتضرر المستاجر ملكوما هذا اذا لم يستند الواقف ان لا يوجد اكثر من سنة واما اذا شرط
فليس للمتولي ان يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها وتارة تقدر
معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كما اذا استاجر رجلا على صبغ ثوبه ويبين الثوب ولون الصبغ وقدره
او استاجر خياطا على خياطة ثوبه ويبين الثوب وجنس الخياطة او استاجر دابة للحمل او الركوب ويبين
جنس المحمول وقدره والمسافة وتارة تقدر معلومة بالتعيين والاشارة كما ذكره الكتاب باب

الاجرة تستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب
افرادها ببيان على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال الاجرة لا تجب بالعقد
قال صاحب الهداية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا تجب تسليمها وانما كان كذلك لان الاجرة لا تجب بالعقد
نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن
والصواب ان يقال معناه لا يملك لان محمدا ذكر في الجامع ان الاجرة لا تملك وما لا تملك لا يجب اتفاقا
فان قلت اذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان اعم منه وذكر الاعم واراده الاخص ليس بمجاز شائع
لعدم دلالة الاعم عليه اصلا قلت اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان يكون الاجرة مما يثبت في الذمة
ونفي الوجوب فيها هو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله وتستحق بمعنى تملك يدل على هذا كما
قوله وقال ان في تملك يتفرع العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعقود عليها
صارت موجودة حقيقة ضرورة تصحيح العقد لهذا صحت الاجارة باجرة مؤجلة ولو لم يجعل موجودة كان دينا
بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الحكم بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع
فثبتنا الحكم فيما يقابله من البدل فان قيل الثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة
الملك قلنا الجواب ان الضرورة اذا ثبتت يثبت لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد لنا
ان العقد يتقدر بها فيثبت على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد في عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف
ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي لاجابة المنفعة التراخي في البدل وهو لا يتحقق
المساواة واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لذلك وكذا اذا شرط التعجيل او تعجيله شرط لان المساواة
تثبت حقا وقد ابطله واعترض بان شرط التعجيل فاسد لانه مخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وهو
مطالبة فيفسد العقد به والجواب انه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة او من حيث كونه
معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل البدل لاشتراطه لا يخالف

من حيث

من حيث المعاوضة وعورض بدليلنا بان الابراء عن الاجرة والارتهان بها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولو لا
الملك لما صحت واجيب بان صحة الابراء على قولنا الى مسقط وابي يوسف ممنوعة وجوزه محمد لان العقد سبب لوجوب
الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد لوجوب المنفعة لعزوف العدم ولا ضرورة في الاجرة فتعمل
الانعقاد في حقه ويصح الابراء بعد السبب وكذا الكفالة بما يذهب لعلى فلانة وصحة الرهن لانه موجب
بثبوت يفيد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل الاستيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل واستدلاله فكذا الرهن به والكفالة
عنه قوله ولو لم يجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام ان ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع
ليست كذلك على انه اقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينا بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة
السبب مقام المسبب وانما جعل المعدوم موجودا فلم يعد كذلك قوله واذا قبض المستاجر الدار بيان ان
التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لانه قال فعلى هذا كان الواجب ان يقول باحد معان اربعة وان يقول
او باستيفاء المعقود عليه او بالتمكن منه لان الاصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه احيانا ويدل احد الاقسام
لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستاجر دابة صحيحة للمستاجر ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي
وقع العقد به مانع وكان يستوفيها وجب الاجر لان الواجب على الاجير تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة
الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا
سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه اي من العين او من اجنبي سلطان او غاصب فقد
حصل التمكن وبذلك الاستيفاء بعد ذلك فظهر من جهته وتقصيره فلا يمنع وجوب الاجر وامتناع الفسخ لان
بزوال شيء منها زوال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين او سلمها مشغولة بمتاعه او سلمها فارغة
في غير مدة الاجارة مثل ان يستاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم فاهبط بها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركبها
او سلمها فارغة فيها في غير مكان كمن استاجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلمها المؤجر واسكنها المستاجر
ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فارغة فيها في مكانه كمن يعاجر فاحشا يمنع الركوب او سلمها فارغة
فيها في مكان صحيح لا عذر فيها كمن منعه السلطان او غصبه غاصب لم يكن شيء من ذلك اصلا كمن الاجارة
كانت فاسدة فان الاجر لا يجب ذلك لعدم الواجب لاستيفاء المنفعة لكن التفريغ حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات
التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن اكثر هذه البنود فما وجه تلك وجه الانتظار للاقتصار
حتى صار اقتصاره دالا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على ان يباشر العقد الصحيح والفاسد يمنعه عن
الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاسد
لا تسليم للعقد وعليه مدة العقد مكانه فكان معلوما عادة وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع
فانتفى عن ذكره اعتمادا على ما ذكره وجود المانع لا يمنع المدة والمكان يستحق الاجر بقدره لوجود الانتفاع
وذلك القدر قال ومن استاجر دارا ذكر هذا بيان وقت استحقاق مطالبة الاجر والحال لا يخلو
من ان يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد او لا فان كان الاول فلهذا المطالبة الا اذا اختلفا انتفاعا عليه
شيئا كان اقل او اكثر لانه بمنزلة التاجيل اذ الاستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقا للمساواة

والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الشافعي فله مرجران يطالب باجرة كل يوم لانه كل يوم منفعة
مقصودة وكذلك جاز الاجارة وان استاجر جيرا الى مكة فله ان يطالب باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود
كسكنى يوم وهذا قال الى جسمه اخرا وان بينا ولا يجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر لان
المعقود عليه جملة المنافع المدة وهما موجلان في مدة لا يكون منفعة الا بعدها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان
فلا يستحق الاجر قبل استيفاء جملة المعقود عليه كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق بعض الثمن وقياسا اذا كان المعقود
عليه موالية الخياطة فان الخياطة لا تستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف فله ان ينتزع الاجر
على اجزائها يعني المنافع وهو قول في المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وان المنافع على ملك
وهو ما سلكه شرط التسليم الحالة بين الاصل والفرع وهو منتف لانه المنافع قد تلف في يد المستاجر بعمله فيلزمه العوض بدلها
وكذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياطة شيئا قلنا لا نسلم ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وجريا وليس الكلام فيه وانما
الكلام في استحقاق البعض الى ذلك لا ينتزع في المبيع والتسليم في الخياطة وجد تقديرا لان عمل الخياطة لما اتصل بالثوب
كان كذلك تسليما تقديرا على ان المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا لم يكن للرجوع عنه وجه
ووجه القول المرجوع اليه ان الكل يقتضي الاستحقاق الاجر بسلعة فساعة تحقيقا للمساواة بين البدلين لان المطالبة في
كل ساعة تفضي الى ان لا يتوفر لجزءها فيتضرر به بالمطالبة تفضي الى عدمها فان المستاجر يتمكن من الانتفاع بامر جهة
المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة وما افضى وجوده الى عدمه فهو منتف فقدر تابعا وكذا من اليوم الى الليل
لا المرحلة في البعير ولبس للعقار والخياط ان يطالب باجرة حتى ينزع من العمل لان العمل الا البعض غير منتفع به وغير المنتفع به
لا يستوجب به الاجر وهذا يشبه الحالة لان طريق فرغ احدهما جاز ان يطالب باجرته لانه منتفع به وكذا اذا عمل
عملا بين المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا انه غير منتفع به الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشروط فيه
لازم قال صاحب الهداية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط وجامع شيخ الاسلام والذخيرة
والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفتاوى الظهيرية وذكر عن كافة ذكر تقليد على ان من
استاجر خياطا بخيط له ثوبا يستحق الاجر بقدر ما خاط وتقدير الذخيرة يجب على المؤجر ان الاجر بقدر ما
استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر في الجملة ثم قال وكثير تقلد من الزيادات الحكم قد ذكر في كل ذكر
الكتب فيحتمل ان المصنف صاحب الذخيرة بدا بالنقل الكرماني في هذا الحكم واقول كلام صاحب الذخيرة على ما قال يدل على ان
استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة واذا كان ذلك لا يكون اذا عينا كل جزء حصة معلومة اذ
ليس للكم مثلا او للبدن او للمدة واحد حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتجزيها وحينئذ
يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة فاذا فرغ من عمله يستوجب اجرة كل ذلك الثوب الا هذا لعقد المص
قال ومن استاجر خبازا ليخبز له ذكر هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجر
حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني ان فراغ العمل بما اذا كان مستاجرا خبازا ليخبز له
لا بيته فعجنه وبقي بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجر بتمام العمل وتمام العمل بالاخراج
فلو اخذه او سلمه قبل الاخراج لا اجر له للعمل قبل التسليم فان قيل خبز في بيته يمنع ان يخبز لغيره ومن عمل لواحد

من يده

فقد اجير وحده واستحقاقه الاجر لا يتوقف على الفراغ من العمل اجيب بان اجيرا لواحد من فرع العقد واحد على المدة
كمن استاجر شهرا للخدمة وما فرغ فيه مستاجر على العمل فكان اجيرا مشتركا فقد استحقاق على فراغ العمل وان اخرجه
من التنور ثم اخرق من غير فعله فله الاجر لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالفعل بيده ولا ضمان عليه لانه لم تجد منه
خيانة تتوجه قال المص وهذا اي قوله لا ضمان عليه عند ابي حنيفة لانه امانة في يده ولا ضمان على الاجير وعندهما يضمن
لان العين محترمة عليه كالمغصوب على الغاصب ولابي حنيفة التسليم والوضع لا بينه ليس كذلك ثم اذا وجب
الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثله دقيقا ولا اجر له وان شاء ضمنه الخبز وللخباز الاجر ولا ضمان
عليه في المذهب المشهور عندهما لان ذكر ما رسمه كان قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماه لا فيه له قال النهاية
هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره فيجري على عموم بانه لا ضمان بالاتفاق اما عنده فلانه
لم يهلكه منه عمله وتعاطى فعلها فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع لا بينه لتسليمه ومن استاجر حجاما ليلطخ
له مداكره من عمله وتعاطى فعلها فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع لا بينه لتسليمه ومن استاجر حجاما ليلطخ
له المعاصم للوليمة فعليه تقريبه الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استاجره لطبخ خاصة فليس عليه الوقت
ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر عند ابي حنيفة باضرابها فان افسده الضارب قبل ذلك او اكثره فله
اجره لانه لا يصير مسلما ما لم يصير لبنا وما دام على الارض لم يصير لبنا وعلى هذا لا يستحقه حتى يستوي به اي يتفرق بعض
بعضه الى بعض لان الشرط من تمام عمله عرفا وباقي كلام ظاهر قال وكل صانع لعمله اثر في العين
كالصانع له اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في
الثوب وهذا ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كما في المبيع فالوصف القائم في الثوب جاز
حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل يعلى هذا التقدير يكون
حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه قلنا يجوز ما اشار اليه بقوله
لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان لكنه لا اجر له لان
المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء
ضمنه مثله غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنذكره لا يجب ضمان الاجير الكل صانع ليس لعمله
اثر في العين كالحمال بالحاء والجيم فليس له ان يحبسه لان المعقود عليه نقل الحمل وهو غير قائم في العين بل انما
هو قائم بالعامل وبعين له والحبس في غير متصور وغسل الثوب فليس الحمل فيه اذا لم يكن ثمة من الشاء
وغيره سوى ازالة الدنس بالماء واما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا مختار بعض المشايخ وافتاء المص
وذكره في المبسوط وجامع قاضي خان ان احدث البياض في الثوب بازالة الدرن عمله اثر في العين
قيل وهو الاصح لان البياض ضد كان مستترا وقد ظهر بفعله قوله وهذا بخلاف الابن جواب عما يقال الابن
اذا زرع انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر في العين فلم وجهه ان الابن كان على شرف الهلاك
وقد احياه بتربيته فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان
لعمله اثر وهو مذهب العلماء الثلثة وقال زفر قلنا وهو مذهب الشافعي ليس له حق الحبس والوجه فيه
ان الذي لعمله اثر وفيما لم يكن لانه وقع التسليم بانفصال المعقود عليه بملكه والمسلم الى صاحبه لا يتصور كالذي عمل

لا بيت العاجب والجواب ان الانفار بالحمل ضرورة اقامة الحمولة لذلك جهة غير التسليم فلا يلزم
من ذلك الرضا بالانفار من حيث التسليم فله يستطيع حق الحبس وتنفيذ ذلك الوكيل اذا انقد الثمن من ماله
وقبض المبيع لان له ان يحبس وقد تقدم وصار كقبض المشتري المبيع بغير رضى البايع فان للبايع ان يحبس وان
يسلم المشتري لكونه بغير رضاه قال — واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه واذا
شرط على الصانع ان يعمل بنفسه نقل عن حميد الدين الضرير هو مثلا ان يقول ان فعلت بنفسك او بيدك
مثلا واليه اشار المص بقوله ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه
فيستحق عينه لمنفعة في محل بعينه كان استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للمؤجر ان يسلم غيرها وفيه تامل
لانه ان عاد الى خير بان لا يستعمل من هو اصنع منه ذلك الفن او يسلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان
يجوز وان الخلق العمل فله ان يستاجر من يعمل لان المستحق العمل ويمكن استيفاؤه بنفسه وبالاستعانة
بغيرها بمنزلة ايفاء الدين فصل لما كان استحقاق تمام الاجر بعد العمل كان هذا العمل عدم استحقاق
تمام الاجر او بعضه وعنه لا اصل له لانه استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعارض ومن استاجر
رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي فاما ان يكون على جماعة معلومي
العدد او لا فان كان الاول استحق جميع الاجرة وان كان الاول فله الاجر بحساب الاحياء لانه اوفى بعض المعقود عليه
فيستحق العوض بقدره وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني واختاره المص واليه اشار بقوله ومراده بعض المعقود عليه
اذا كانوا معلومين وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجد
ميتا فاما ان يرد الكتاب او لا فان كان الاول فيستحق اجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول فله اجر مثله عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر الذهاب والاياب على ان المعقود عليه قطع المسافة او نقل الكتاب
وقع عند محمد انه قطع المسافة لان المستحق فيه دون نقل الكتاب وقد اوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق
الاجر المقابل له ووقع عندهما انه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة الى المقصود وهو علم ما في الكتاب
وقد نقضه بالرد فيستحق الاجر كما اذا استاجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به فوجد
ميتا فرده فانه لا اجر له بالاتفاق لتعذر تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وهو ليس بناء على محمد
لان المعقود عليه في مسئلة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه

باب ما يجوز في الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت
استحقاق الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده فاكد ايضا من الافعال ما يعد
خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا فيه قال — ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى
فيه صورة المسئلة ان يقول استاجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك
جائز وينصرف الى السكنى وان لم يبين لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يستوفي مسكنا وفي الوكيل لا يجوز
لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه
الاستحسان ان المعروف كالمشروط نصا فينصرف اليه قوله ولانه لا يتفاوت جوابه عما عسى ان يقال سلمنا ان
السكنى

السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا يتفاوت
وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضع والغسل
وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى للاطلاق اي لاطلاق العقد فانه ليس
بمقيد بشيء دون الشيء الا انه لا يسكن حدادا او لا يحمل ماء او الدابة دون الحمار لم يرهن البناء في
الجملة كلما لم يتضرر به البناء جاز ان يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز ان يكون بفتح الياء وقوله حدادا
يكون نصبا على الحال وينتفي به الاسكان دلالة ويجوز ان يكون بضم الياء والمنصوب مفعوله وينتفي به
سكناه دلالة لاتحاد المناط وهو التضرر بالبناء ويجوز استيجار الارض للزراعة لانها منفعة معقودة
معروفة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها مستاجر لغرض ايضا فلا بد من البيان نفيا
للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت والضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا
للمنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع
ويدخل الشرب والطريق لان العقد يلاقي تنفيذ الاجارة لا الانتفاع لا انتفاع الا بهما فيدخلان
في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز
ان يستاجر الساحة وهي الارض الخالية من البناء والمتخذ لبنيها او يغرس لان ذلك منفعة معقودة بالارض
فيصح لها العقد فاذا انقضت المدة لزم المستاجر قلعها وتسليمها فارغة لانه لا حق له في ابقائها من غير
رضى صاحب الارض هذا من جانب المستاجر واما من جانب المؤجر فان الارض اما ان ينقص بالقلع او لا فان
كان الاول فان شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه رضي المستاجر او لا وان شاء رضي بتركها على حالها
ليكون البناء لهذا والارض لذاك لان الحق له فله ان يتركه وان كان الثاني فله ان يغرم قيمة ذلك مقلوعا
لكن برضى المستاجر وهذا بخلاف الزرع اذا انقضت المدة وهو بقل حيث يتركه باجر المثل الى ان
يدرك لان له نهاية معلومة فيمكن رعاية الجانبين وذلك لان لو قلعناه تضرر المستاجر ولو تركنا الارض
بيده بلا اجر تضرر المؤجر وفي تركه باجر رعاية الجانبين فيصار اليه واورد مسئلة الجامع الصغير بيان ان الارض
كالمستاجر قال — ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل اذا استاجر دابة للركوب فاما ان يقول
عند العقد استاجرتها للركوب ولم يزد عليه او زاد فقال على ان يركب من شاء او على ان يركب فلان وفلان
ثلاثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا فان اركب شخصا ومضت
المدة فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الحرام جوازا كما لو
اشترى شيئا بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد
ارتفعت حالة الاستحقاق فلانها ارتفعت من الابتداء الا انها عقد بعقد ساعة فساعة فكل جزء منه
ابتداء واما اذا ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا هنا وان كان الثاني صح العقد ويجب المسمى
ويتعين اقل ركب سواء كان المستاجر او غيره لانه تعين مرادا من الاصل على الوجه الذي قلناه
فان اركب غيره بعد ذلك فعليه اجر مثله وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب الاول والمراد بقوله فان اطلق

الركوب سواء بعقد على ان يركب من يشاء وان كان الثالث فليس له ان يتعداه لانه تعيين مفيد لا بد
من اعتباره فان تعدى كان ضامنا وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخيمة وحكم الحمل كحكم
الركوب بخلاف العقار فانه اذا اشترى سكنى واحد بعينه جاز استعماله غيره لان التعيين غير مفيد لعدم التفاوت
فان قيل قد يتفاوت السكان ايضا فان سكنى بعض قد يضر كالحداد والخباز اجاب بقوله والذي يضر
بالبناء خارج عما ذكرنا واعتبار ما ذكرت لك مستغن عما في الثاني من التطويل وقوله المص ويجوز استيجار
الدواب للركوب معينا اه ركوب معين اما فعلا حقيقة او تقديرا وان يبين نوعا ومقدارا من شيء يحمل على الدابة
مثلا ان يعقد على قفيز حنطة بعينها فانه ان حمل ما هو مثلي في القفيز كحنطة اخرى غيرها او ما هو اقل ضررا
كالشعير والسمسم فانه اذا اتلف قفيز حنطة فان اقل قيمته اقل ضررا فاكرره الثانية ان في الكلام لفا ونشرا فان
الشعير ينصرف الى الثاني والسمسم ينصرف الى الاول اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا
مثلي اذا كان من حيث الكيل واما جاز له لانه دخلت الاذن لعدم التفاوت يعني اذا كان مثله او اكثر
ضررا يعني به اذا كان اقل ضررا وليس له ان يحمل ما هو اكثر ضررا من الحنطة كالملح اذا كان مثلها كيلا لانه اثقل لانه
يعدم الرضا به وان استاجرها ليحمل عليها معتادا من القطن فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر
على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر عكس القطن فانه ينبسط عليه وانما ذكره مع كونه معلوما مطلقا مما سبق
لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون وان استاجرها ليركبها فاردفه معه رجلا فعطبت ضمن نصف
قيمتها سواء كان الرديف اثقل او اخف من الراكب لا يجزي بالثقل لان الدابة قد يضرها حمل الراكب الخفيف ويخف
عليها ركوب الثقيل لعدم التفاوت بالنسبة والاخر الا وفي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد
الجناة في الجنايات والجناة جمع جان كقضاة جمع قاض فانه اذا رمى رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات
فمات فالدية بينهما انصافا لان ثبت جراحة واحدة اكثر تاثيرا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا
لانه اذا ارى فيها من يقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك
الثقل فانقسم عليهما اذا كان مثلها يطيق حمله واما اذا كان حمله لا يطيقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن
جملة اصلا لخروجه عن العادة اما اذا كانت الزيادة من قفيز من المسمى كما استاجرها ليحمل ضمن قفيزا من شعير
محملا مثل كيلا حنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار
المسمى وغير مأذون في الزيادة فيتوزع الضمان وتتوقف بما اذا استاجرها ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة
فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كان الزيادة من الجنس واجيب بان الطحن انما يكون شيئا
فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك سواء الطحن مما تاثر في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن
الجميع فاما الحمل فيكون بجملة واحدة فيوجد مأذونا في بعض دون بعض فيتوزع الضمان عليه ذلك وبهذا يندفع
ما قيل على ما اذا استاجرها ليركبها فاردفه رجلا انه يجب ان يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استاجرها ليركبها
بنفسه فاركبها غيره ضمن جميع القيمة فاذا اردف فقد اركب غيره واركب ايضا مركوبه زيادة حمل عليها فان لم يوجب

زيادة

زيادة لا يوجب نقصانا لا محالة لان في الارداف متفرقا اما لو ضم كل وجه وفي الارداف ما ذكر من وجه
دون وجه وسيوقع جملة كاملة فان وان كبح الدابة بلجامها وان كبح الدابة بلجامها ايجذبها
الى نفسه لتقف ولا يجري او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة ومحمد ولا يضمن اذا فعل فعله متعارف لان المتعارف
مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته شيء لان المتعارف
مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف والضرب المتعارف
وحينئذ يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناول وغيره ولا يصح القول بالموجب اي سلمنا انه داخل بالاذن
لكن الاذن فيما ينتفع به للماذون مفيد بمنزلة السلامة اما اذا امكن تحقق المقصود بدونه ههنا ممكن
اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة بكسر الحاء المهملة مدينة كان يسكنها
النعمان بن منذر وهي على راس ميل من الكوفة فجاوزها الى القادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا
ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمن وكذلك العارية واختلف المشايخ في معنى هذا الموضع لمنهم من اقام المسئلة بان
المراد سواء استاجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلو جبر المستاجر بالعود من القادسية الى الحيرة
مردودا الى يد المالك معنى فانه لما كان مردودا عاما معنى فهو نائب المالك والرد الى النائب رد الى يد المالك معنى
اما استاجرها ذاهبا وجائيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من اجرى على الاطلاق وفرق
بينه وبين المودع بان المودع مامور بالحفظ مقصودا وموظاهر الكلام وكذلك يبقى مامورا بالحفظ بعد
العدوان الى الوفاق لتوقف الامر كونه مقصودا وحينئذ يكون الرد رد الى نائب المالك والمستاجر المستعير مامورا
بالحفظ تبعا للاستعمال لا مقصودا اذا انقطع الاستعمال بالبحث وزعم الموضع المسمى انقطع مامورا تبعا وهو الحفظ
فلم يبق نائبا ليكون الرد اليه ولا يبرأ الا بالرد الى المالك او نائبه وقد تضرب جانب الغاصب اذا اتلف المغصوب
على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة
البتة وليس كما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان يحصل البراءة بسبب آخر والسبب الغاصب
الغاصب سواء الى منه لم يوجد منه سبب ضمان ينتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فان قيل الرد الى المالك او نائبه
ازالة للتعدي وهو يصلح مبرئا عن الضمان والرد الى منه لم يوجد منه سبب ضمان ينتفع بالرد عليه ضمانه من قبل
ليس كذلك فلا تتم صلاحيته لذلك فالجواب ان الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الاول ولفرق
الضمان على الغاصب يوجب سقوط ضمان الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضمونا بضمانين قبل الحاق
العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر كيد المالك
حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومنزلة الرد على المالك كالمودع والوديعة عقد الاعارة والجواب
ان الاعارة بين الشاهين من كل واحد يدفع التعدي فلا بد من التفرقة الالحاق والاتحاد في المثل كاف للالحاق
وهو موجود فان المثل هو التجاوز عن المسمى متعديا ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ في مقصودا وذلك موجود فيهما
لا محالة قوله وهذا اي الاجارة على الاطلاق اصح ومن اكترى حمارا ليركبه فاستعمله به موافقة فان نزع فاما
ان يستعمله بسرج آخر او لا فان كان كل منهما على شبر اما ان يسرج بسرج يشبه ذلك السرج او كذلك الا فان

فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لا يكون مثله تناول الاذن اذ لا فارق في التقييد بغير او من حيث المشي
يعني لا فارق في التقييدات هذا متى كان لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبها اذا كان غيره يماثله
وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو اصح وقوله الا اذا كان زيادة عليه في الوزن استثناء من قوله فلا ضمان
عليه فان الزائد لم يتناوله الاذن فكان ماذونا في التسمير عن هذه الزيادة وفي مثله يضمن الزيادة اذا كانت
من جنس المسمى ويرضخ على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان اسرج بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرجه بسرج
البغل ضمن القيمة لها لانه لم يتناول الاذن من جهة فصار غاصبا وان اوكفه بالحاف لا يوكف بمثله الحمار يضمن
لما قلنا في السرج انه لم يتناول الاذن وهذا اولى لانه من خلاف جنسه وان اوكفه بالحاف يوكف بمثله الحمار يضمن
عند ابي حنيفة ولم يبين مقدار المضمون اما على رواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه انه ضامن بجميع القيمة ولكنه
قال انه ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد ثمن المتاع من قال في هذه المسئلة روايتان والمطلق محمول
على المقيد ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع
القيمة قال شيخ الاسلام وهذا اصح وكلموا في معنى قوله فيكون ومحمد يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن
ابي حنيفة فمنهم من قال المراد للساحة من اذا كان السرج بأخمس ظهر الدابة قدر عشرين والحاف قدر اربعة
اشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه في التقدير بحسابه والحنطة حتى اذا كان وزن السرج ستون والحاف
ستة امنا يضمن ثلثي قيمتها واليه اشار المصنف الدليل قال لانه اذا كان يوكف بمثله الحمار كان هو والسرج سواء
فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زيادة على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في
الحمل المستوي اذا كان من جنسه ولابي حنيفة ان الحاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط
احدهما على الظهر اكثر من الآخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة
اكثر من الحنطة فكان مخالفا وقوله كما اذا حمل الحديد قد شرط الحنطة فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا
جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى انبساط وعدمه ومن استأجر حمارا ليحمل له حنطة فحمل عليه شعيرا
فسلك غير الطريق الذي يسلكه الناس ولا يخلو اما ان يكون ما يسلكه الناس اولا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين
تفاوت بان يكون احدهما اوعر او اخوف او نحو ذلك او لا فان كان الاول فلا ضمان عليه لزوال التقييد اذ ذاك غير
مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل محمد اطلق الرواية بانه لا ضمان عليه فيما اذا اخذ
الطريق الذي يسلكه الناس ولم يفصل هذا التفصيل اجاب بقوله الا ان الظاهر عدم التفاوت
اذا كان طريق يسلكه الناس فلم يفصل وان كان الثاني اعني ما لا يسلكه الناس فهلاك ضمن لصحة التقييد
فصار مخالفا واذا بلغ قدر الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فابتل بحمله الكل
ضمن لتحقق التفاوت بين البر والبحر حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر وان
بلغ قدر الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة قال ومن استأجر
ارضا ليزرعها حنطة ومن استأجرها لزراعة شيء فزرع مثله في القدر بالارض وما هو اقل منه يوجب
الاجر لانه موافقة او مخالفة الى خير وزرع ما هو اضر بها كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة مخالفة

الى شر

الى شر يضر به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان
اذ لا جرم يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات قوله ومن دفع
الى حائك ثوبا ليخيطه وقوله بلنفع انتفاع الغير بدله به ستر العورة ودفع الحر والبرد وقوله لقصور جهة
الموافقة لان صاحب الثوب رضي بالتسمير مقابلا بخياطة الغير دون البقاء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لاحتياجه الى معرفة لوقوعها في محلها
قال الاجارة تفسدها الشروط فقد الاجارة بالشروط فساد البيع بها لانها بمنزلته في كونه
كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وان
جعلت الله اعلم قوله في الاجارة الفاسدة للعهد اي رايت لسياق الكلام وفيما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما
يجب اذا فسدت بشرط اما ان ذا فسدت بجهالة المتاع لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ فقد روى الزيادة عن
الذخيرة والمغني وقال وفي قاضيخان وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان فان البيع
اذا فسد وجب القيمة بالغة ما بلغت وهذا بناء على ان المنافع عندهم كالاعيان وقلنا ان تقوم المنافع ضرورة دفع
الحاجة بالعقد والضرورة تتقدر بقدر الضرورة والضرورة تندفع بالصحيحة فيكتفى بها وهذا لانه ينتفي عدم
اعتبار الاجارة الفاسدة الا ان الفاسدة بنوع للصحيحة فيثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة وهو قدر اجر المثل
وهذا ينتفي لزوم الاجر بالغا ما بلغ لكنها اذا انتفعا على مقدار في الفاسدة سقطت الزيادة وهذا ينتفي لزوم
الاجر المسمى بالغا ما بلغ لكن لما فات التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستقر الواجب على ما
هو الاقل من اجر المثل والمسمى كما في البيع فان العين متقوم في نفسه وهو ايضا القيمة هو الموجب الاصلي وانما ذكر
لتذكير الجزاء من صور التسمية انتقلنا والا فلا ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا ان
يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بدرهم لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت على الاسماء لا تبقى له بغير فيما لي
الواحد لتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصور انه جمع بلا مرجح
والواحد معلوم متيقن فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد
الصحيح ولا يلزم ان يكون النقض محض الآخر الا اختلف المشايخ فيه فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر
حاجة على قول ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضر بلا خلاف ووجه ذلك
مذكور في المطولات فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ايضا ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي
الشهر وكذا لو سكن في اوله لانه تم العقد فيه لتناوله بالسكنى في اوله الا ان الذي ذكر في الكتاب اي
القدوري هو الذي يتعامل به الناس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى
ويومها من الشهر الثاني لان في الاعتبار الاقل بعض الحرج واختلفوا في كيفية الفسخ في راس الشهر الثاني بناء
على ان راسه عبارة عن اول جزء الذي يتكلم فيه اهله وفي اهله بعض راس الشهر والفسخ بعد ذلك
بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز وكذا والذلك هو قال ثلثة منهم ان يقول الذي
يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت العقد راس الشهر فيفسخ العقد اذا هلل الهلال فيكون هذا فسخا معلقا

الى راس الشهر وعقبا الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه فان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين
قسط كل شهر من الاجارة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كما اذا استاجر شهرا واحدا ويجوز ابتداء المدة من اي وقت شاء
بان يعقد من شهر رجب من هذه السنة مثلا وان لم يسم شيئا فهو لما يلي الوقت الذي استاجره لان الاوقات
كلها في حق الاجارة سواء لكون الشهر مذكورا وفي شهر يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الايمان كما
اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا يدل الحال الظاهر من حال العاقدين بقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه
بعدم المزاحم بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم
يعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء لان الليالي ليست محلا لصومه ان النذر في الصوم لا يكون
الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب نذره ثم ان كان العقد حين هلال يصلح بناء على المتعارف
ان يتخير فشهور السنة كلها بالاهلة لانه الاصل شهور العربية فيها كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره وان
كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وفي رواية عن ابي حنيفة ثلثمائة وستين يوما وعند محمد
وفي رواية عن ابي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة فيكون احد عشر شهرا بالهلال وشهرا بالايام
يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول هنا فلا تتعدى
الى غيره ولابي حنيفة ان تمام الاول واجب ضرورة شغله شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاتم الاول
بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وكذلك الى آخر السنة ونظيره العدة وتقع في الطلاق وكتاب صاحب
الهداية هذه حوالة غير رابحة فان مثل هذا الاختلاف على ان الاشهر كلها عند ابي حنيفة بالايام وعندهما
الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر لم يتم في الطلاق وما يتعلق به وهو سهو منه لان المصنف قال في كتاب
الطلاق بالاهلة في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام لان التقويم في حق العدة
كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال
ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام استيجارا للحمام والحجام واخذ اجرتهما جائز اما الحمام فلجريان العرف بذلك
والناس كعدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين قال صلى الله عليه ما رآه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي عم احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استيجار على عمل معلوم باجر
معلوم بلا مانع معلوم فيصح جائزا وانما ذكر ما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس
فيه خلافا فان بعض العلماء كره غلة الحمام اخذا بظاهر قوله عم الحمام شر بيت وفيهم من فصل بين حمام
الرجال والنساء فكره اتخاذ الحمام للنساء لانهن يتهيأن فيه للزوج وللمرد بالقراد وروي عن احمد بن حنبل
انه لم يجز اجرة الحمام وكره كسب عمار وابي هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمهما الله روي ابو هريرة ان
رسول الله عم قال ان من السحت كسب البغي ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند علمائنا انه لا باس باتخاذ
الحمام للرجال والنساء جميعا والحاجة في حق النساء اظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس
ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض فتمكن الرجال وقد صح ان النبي عم دخل حمام الجحفة واما ما روي من
الكراهة هو ان يدخل مكشوف العورة واما بعد الستر فلا باس بالدخول ولا كراهة في غلة الحمام ولا كراهة في غلة

الدور

الدور والحوانيت والنهي في كسب الحجام فد انتسخ لما روي آخر حديث الحجامة رضي الله عنه فاتاه رجل
من الانصار فقال ان لي ناضحا وحجاما افاعلف ناضحي من كسبه قال نعم واتاه آخر فقال ان لي عبيدا وحجاما افاعلف
عبيدي من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز اخذ اجرة عسب الفحل وهو
ان يوجر فحله لينزو على اناث الناس وخرج بعض الشافعية والحنابلة لجواز وجعلوه انتفاعا مباحا
ولهذا جاز على طريق الاستعارة والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستيجار الظئر للارضاع قلنا هو محرم لقوله
عم ان من السحت عسب التيس رواه البخاري ومراده اخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج لما مر
ولقوله على عمل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين كالتحمل للامامة والافتاء والتعليم فانه
لا يجوز استيجاره بالاجماع وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم
القرآن يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وافتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستيجار او عند عدم ضرب
المدة افتوا بوجوب اجر المثل لانه لهذا التعليم في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وقالوا انما
كره المتقدمون ذلك لانه كان معلمو الصبيان على عطيات من بيت المال وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من امر
معاشهم وقد كانوا في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة فلم يبق ذلك وقال ابو عبد الله الجرجاني
يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذا للجرد كره في الذخيرة ولا يجوز الاستيجار على معاصي الله
لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد فانه لا يستحق به كان وجوبه ما يستحق المرء به عقابا
مضافا للشرع وهو بالحد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك ولا يجوز
ان يوجر الرجل نصيبا من دار او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند ابي حنيفة سواء كان النصيب
معلوما كما لو باع او نحوه او مجهولا وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب اجر المثل وماله منفعة يرد
عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتف
لانه يمكن بالتخلية او بالتهايؤ وصار كما اذا آجر من شريكه او من رجل وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا
يقدر على تسليمه ويمكن توجيهه على وجهين احدهما ان يكون معارفة وتوزيع آجرها لا يقدر على تسليمه لان
تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة كالدار او لا كالعبد غير متصور وما لا يقدر تسليمه لا يصح اجارته
لعدم الانتفاع به والاجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير عوض لدليل الحظر والثاني
ان يكون مهايأة وتوزيع لانه انتفاع المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع
صحة الاجارة قوله والتخلية جواب عما قال والتسليم يمكن بالتخلية وفي وجهه ان التخلية لم تجز تسليما لذاتها
حيث اعتبرت بل لكونها عكينا وهو اي التمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن فلما اعتبرت علة وهي وسيلة الى
التمكن والتمكن في المشاع غير حاصل فكانت المعلول واذا فات المعلول لا يعتبر بالعلة بخلاف البيع فان
المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا وقوله واما
التهايؤ جواب عن قولهما او بالتهايؤ وحاصله ان التهايؤ من احكام العقد بواسطة الملك وهو متاخر
عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهايؤ لانه

لا يمكن ان يكون بثبوت الشيوع ما يتاخر عنه ثبوتا وقوله بخلاف ما اذا آجر من شريكه جواب عن قولهما فيما
كما اذا آجر من شريكه ووجهه انه اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع اقيم نظرا لانه لو لم يكن
في شيوع جاز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز واجيب بان المراد بالشيوع يمنع التسليم وهو المقصود
فيما نحن فيه فالمنفي شيوع موصوف ويجوز ان يكون الشيوع مانعا للحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز
الهبة من حيث التسليم فان التسليم التام لا يحصل في الشايع كما تقدم ان الشريك والاجنبي فيه سواء ويمنع
جواز الرهن لانعدام المعتمد عليه وهو الحبس الدايم لانه في الشايع غير متصور والشريك والاجنبي فيه
سواء واما هنا فلا ينعدم المعتمد عليه وهو المنفعة وانما يتعذر التسليم فيما لك لا يوجد احد الشريك
وقوله والاختلاف في النسبة لا يمنع جوابه عما قالوا سلمنا ان الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة لان
الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وبنصيب شريكه بالاستيجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك
ان الاختلاف في السبب غير معتبر اذا اتحد المقصود على ان منع جوازه على رواية الحسن عنه فان كان الرهن على
هذه الرواية وقوله وبخلاف الشيوع الطارئ بان آجر جل من رجلين ثم مات احدهما فانه تبقى الاجارة
في نصيب الحي شايعا في ظاهر الرواية لان القدرة على التسليم ليست بشرط للبقاء لان القدرة لوجوب التسليم
ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق بظاهره الا ان يجعل تمهيد المجوز عن قولهما او من رجلين
لكنه في قوله وبخلاف ما اذا آجر بنوه من ذلك يعرف بالتامل وقوله وبخلاف ما اذا آجر من رجلين جوابه عن تمسك
ووجهه ما قال ان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتوزع الملك فيما بينهما طارئ فان قيل لانه انتظار بالرهن
معارض لانه تعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانه عقد لازم فلا
يكون معارضا وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء حتى تنفذ الوكالة
على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيه والصواب ان يقال الرهن
انما هو على التسليم على العقود لكنه مما لا يستدفع قال الحسن استيجار الظئر باجرة معلومة استحسان
الظئر باجرة معلومة جايز لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل
به فان جاريا في عهد رسول الله صلعم وقبله واقرهم عليه واختلف العلماء في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهي
خدمتها للصبي والقيام به واللبن تبع كالصبغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمص
وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الائمة السرخسي حيث قال المبسوط والاصح ان العقد
يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه ما هو المقصود وهو
منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به وكلمة في هذه الجهة بقوله وهذا لو ارضعته بلبن شاة
لا تستحق الاجرة وبيّن ما هو المختار عنده بقوله والاول اقرب الى الفقه لان عند الاجارة لا يعتمد على اختلاف
الاعيان مقصودا كمن استاجر بقرة ليركب لبنها ووعد ببيان العذر عن الارضاع بلبن الشاة ونعي عليه
النهاية من اختيار المص اعرض عنه شمس الائمة بعد رؤية الدليل الواضح وهو تفسير لان الدليل الواضح
لان هذا قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام امر معاش الصبي على وجه

خاص

خاص يتعلق بامور ووسايط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض الناس عند الكلية ا ه
عند الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغناء عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يثبت له ما
روى ابن سماعة عن محمد انه قال استحقاق لبن الامة بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز
بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية وليس كان فيما
ما نحن فيه ان يستحق بعقد الاجارة وان الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس كلام
محمد على شيء من ذلك قوله واذا ثبت ما ذكرنا معنى من جواز الاجارة باحد الطريقين صحت واذا كانت
الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار بعقد للحضانة مثلا فان قيل قد علم من ادلة المسئلة جواز ما حاجة صدر الحكم
فاستدل في فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة الاجماع رجع الى اثباتها بالنظر
ويجوز ان يكون تلك لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها يعني جازت باجرة معلومة كسائر الاجارات وبطعامها
وكسوتها ايضا استحسانا عند ابي حنيفة وعندهما الاجارة الجارية بالنفقة على الاولاد
ترفع الجهالة بخلاف ما قالاه من غيرها من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تفضي الى
المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها فالكل رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعل مجمعا عليه بمعرفة
الجنس والاجل والمقدار وقد قوله فان سمى الطعام دراهم بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها اي
مكان المسمى من الدراهم قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن
يحتمل ان يكون معناه سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولو قدر في
كلام المص لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا ال الى ذلك وهذا ايجاب الاجرة على هذا الوجه لا جهالة
فيه وكذا لو سمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تاجيله ان تاجيل الطعام المستاجر لان اوصافها ان اوصاف له
الطعام بتاويل الحنطة اثمان اي اوصاف اثمان من وجوب الذمة اذ الاثمان دينا والاثمان لا يشترط تاجيلها
بخلاف ما اذا كان سلما فيه لانه في السلم مبيع وان كان دينا فيشترط تاجيله بالسنة ويشترط بيان مكان
الايفاء اذا كان له حمل ومؤنة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في البيوع والباقي ظاهر قال وليس
للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها وطء المراة حق الزوج فلا يملك المستاجر ابطاله ولهذا كان له
ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به اي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج
ممن يشبهه لذوي زوجة او لا وهو الاصح لانها ان كانت تنقص لا بيته قال ان يمنعها من الخروج
عن منزله وان كانت تنقص لا بيته قال ان يمنعها من ادخال صبي الغير منزله كما ان للمستاجر ان يمنع
الزوج من عشيانها في منزله بعد الرضاء بالعقد لان المنزل حقه فان قيل كان لهم ان يفسخ الاجارة
اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا فتفسخ به الاجارة لو رضيت
قوله وعليها ان يصلح لطعام الصبي لان الحاجة الى الطعام الراجع الى منفعة الصبي على الظهر والباقي ظاهر
وقوله وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بما يستحق عليها وهو الارضاع فان
هذا ايجار وليس بارضاع دليل ظاهر على ما قدمنا فانه انما لم يجب الاجر لفوات العمل للنفاء اللبن ولهذا

الواو جبر النقص بلبن الظهر لان لم يستحق الاجر فعلم بهذا ان المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون
الصبي وهو اللبن وقوله اختلف العلماء يدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو انه وفي بعضها لانه في
فان قيل الظهر اجير خاص او مشترك اجيب بانه اجير خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال ثم والارضاع
البحت من يده او وقع على ثيابه او سقط من حلق الصبي او ثيابه شيء لم تضمن الظهر لانه بمنزلة الاجير الخاص فان
العقد ورد على منافعها في المدة الا بركة انه ليس لها ان تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص لا يبقى
يجاني يده وقيد الظهر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه واكد الذخيرة ما يدل على انها يجوز ان يكون
خاصا او مشتركا فانه لو آجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الاولون فارضعت كل واحد منهما وفرغت
انفت وطلقت خانة منها والمعا الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على انها تحملها فقلنا بانها تستحق الاجر
منهما كلا تشبيها بالاجير المشترك وبانه فعلت نظرا الى الاجير الخاص قال ومن دفع الى حائك
غزلا لينسجه ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر حمارا
لحمل طعام له بقفيز منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي عليه السلام عن
قفيز الطحان وهو ان يستأجر الرجل الطحان لطحنه بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير
من الاجارات فان قيل اذا كان عرف دبار على ذلك فهل يترك به القياس نعم لانه في معناه من كل وجه
فان لا يترك بدلالة النص وهذا لا يترك بالعرف فان قيل لا نسلم بل يختص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز
الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في التبليغ لجريان عرفهم بذلك كذلك الدلالة لا تعم لها حتى تختص
عرف ذلك في موضعه لورود المعنى به بمعنى المعنى الفقهي لعدم جواز ذلك هو ان المستأجر عاجز عن تسليم
الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدرة غيره واذا ثبت فساد
العقد كان للحائك اجر مثله لان صاحب الثوب المنوي منافعه بعقد فاسد كان له اجر مثله وهذا بخلاف
ما اذا استأجر ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر للمسمى ولا اجر المثل لان المستأجر ملك
الاجر الاجرة في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة فصار حاملا لطعامه مشتركا
ومن استأجر جملا يحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يستحق
تسليم المعقود عليه وقوله بالنصف الآخر تلويح الى مسئلة اخرى وهو ما اذا قال احمل هذا الكر الى جنبه
بنصفه فانه لا يكون شريكا والكر تقدير الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به
قيمة نصف الكر وقوله ولا يجاوز بالاجر قفيزا متعلق بقوله وكذا اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه
لانه لما فسدت الاجارة قال لا يجب الا قدر المسمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما
اذا اشترك في الاحتطاب الا قدر المسمى حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هو نصف الحطب
هناك غير معلوم فلم يصح الحط واما عند ابي يوسف فلا يجاوز بالاجرة نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف
المسمى حيث اشترك وهذا اذا احتطب احدهما وجمع الآخر واما اذا احتطبا جميعا وجمعا فهما شريكان على
السواء قال ومن استأجر جملا ليحمله هذه العشرة المحاتيم المحاتيم جمع مختوم وهو الصاع

سمي

سمي به لانه يختم اعلاه كيلا يزداد وينقص واضافة العشرة الى المحاتيم من باب اضافة الاقل الى الاكثر على مذهب
الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر جملا ليحمله هذه العشرة المحاتيم بدرهم فتوكد
عند ابي حنيفة وقال الاسبيجابي ذكره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نقص النهار
فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المقصود هو العمل واذا كان المعقود عليه
هو العمل جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكانه استأجره للعمل على انه يفرغ منه
في اسرع الاوقات والحمل على هذا مما لا بد منه دفعا للجهالة لتصحيح العقد ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول
لتردده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليه وذكر العمل يوجب
كونه معقودا عليه وليس احدهما اولى من الآخر والجهالة المفضية تفسد العقد وهذا كذلك لان نفع المستأجر
في الحمل لا يجب الاجر عليه الا بتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لا يستحقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى
اليوم ولم يفرغ من العمل جاز ان يطلب الاجير اجره نظرا الى الاول ويمنعه المستأجر نظرا الى الثاني فيفضي الى النزاع
وجعل ذكر الوقت للتعجيل يحكم لتفاوت الاغراض وقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة والمطلوب
بالزمن بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فانه
اذا خيط جاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتعجيل وبينهما وبينهما اذا استأجر جملا ليحمله قفيز دقيق على
ان يفرغ عنه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينها وبين الاولين دليل المجاز وهو نقصان
الاجر للتأخير فيها صرف عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التعجيل وليس لمسئلتنا ما يصرفه عنها
فلا يصار الى المجاز وكذلك بينها وبين الثانية فان كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه وحيث جعله
شرطا دل على ان مراده التعجيل بدليل ما روي عن ابي حنيفة وهو المذكور في الكتاب انه قال في اليوم صحت الاجارة
لانه للظرف والمظروف لا يستغرق الظرف كله في الخلاف فكانه قال ان عملته في بعض اليوم فلك يفيد التعجيل
وكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه فيلزم
الجهالة قال ومن استأجر ارضا على ان يكريها بيت في هذا ان الشرط الذي لا يقتضيه عقد
الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع
فان استأجر ارضا على ان يكريها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد
والابتناء في الاباستي والكرب فانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط ان يبنيها او يكريها انها
زرعها او يسرقها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء الزرع بعد
انقضاء المدة وما هذا حاله يوجب الفساد لان موجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجر على وجه يبقى بعد المدة فيصير
صفقتان صفقة وهو منهي عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالمقتضي ان كان
تقويما مكروه فلا شك في انه لا يفسده لان الزراعة لا تتوقف عليه وان كان المراد به ان يكريها من بين
يجب ان يكون هذا في موضع يخرج الارض الربع بالكرب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في
موضع لا تخرج الارض الا بالكرب مرتين او ثلاث تخرج بالكرب مرة ان مدة الاجارة كانت ثلاث سنين

فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم
بقاء اثره بعد المدة اما كسر الاناء وفساد بعضه المراد بها الجدار فلا لبقاء منفعته في العام الثاني ولو فساد
المص وقال بل المراد منها الافطار العظام سو العصير لانه يبقى منفعته في العام الثاني ولو فساد الاول واذا
استاجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى لا يجوز اصلا وكذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب
بالركوب وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان ولهذا جازت الاجارة بدين اما اجارة هي
دين على الموجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك دينا بدين ولنا في ذلك طريقان احدهما
ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القفيز بالقفيز نسيئة وقد تقدم بيان ان الجنس بانفراده
يحرم النساء ومعنى التفريع البيوع الى هذا الى هذا الطريق اشار محمد وهو ما روي ان ابن سماعة
كتب الى محمد بن الحسن لاهذه المسئلة فكتب اجابه انك الملت الفتوى فاصبت الحق وجانبت الحكمة
فبانت منك زلة لما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القفيز بالقفيز نسيئة والثاني انه اسم محدث كان يتكلم
الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وقد بحث من وجهين الاول ان النساء ما
يكفر من اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور
في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدث شيئا
فشيئا واجيب عن الاول بانه لما اتفقا على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا فان ذلك
ابلغ في وجوب التاخير من المنقول فالحق به دلالة اعتبارا لها عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة
الحرمة فالالحاق به يكون شبهة الشبهة وليست بمحرمة والجواب ان الثابت بالدلالة كالثابت
بالعيان فالالحاق يثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الذي لم يعجبه الباء يقام في العين مقام
المنفعة جوزوا عقد المعقود عليه دون ما يعجبه لفقد انتفائه والتزم وجود احدهما كما وعدم الاخر فحقق
ان يكفر موجودا دون الاخر اولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه
لا يقال منفعة غير حاضرة لجواز ان يعتبر موجودا بين الناس بدلالة قد تقدم والثاني ان الاجارة جوزت
بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة بخلاف ما اذا
اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس والزراعة والسكنى فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الخالي بالخالي
واجيب بانه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدين وان قيل انتفى المعقود عليه منفعة بقيام العين
مقام المنفعة فيما لم يعجبه الباء ثم اذا استوفى احدهما المنافع وجب عليه اجر المثل لظاهر الرواية
لانه استوفى منفعة بحكم عقد فاسد فعليه اجر المثل وروي عن الحلواني انه لا شيء عليه لان تقوم
المنفعة بالتسمية وقد فرغت قال واذا كان الطعام بين رجلين واذا كان
الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او عمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فله اجره
يعني لا المسمى الا اجر المثل قال ان الفرق انه لما المسمى المنفعة عين عنده وبيع العين شايعا

جايز

جايز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك او
عبدا مشتركا ليحمله الثياب ولنا انه استاجر ليعمل له وجه له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع
اذ الحمل يقع على معين والشايع ليس بمعين فان قيل اذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر
اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه ولا استيجار لعمل لا وجه له لا يجوز لعدم المعقود
عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر اصلا وفرق بين هذا واجارة المشاع فانه ايضا
فاسدة عنده وان استوفى المنفعة وجب عليه اجر المثل هناك تسليم المعقود عليه متعذر على
الوجه الذي اوجبه العقد فاذا استوفى المنفعة وجب الاجر واما هنا فانه متعذر اصلا فلا يجب
قوله بخلاف البيع جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك لان البيع تصرف حكمي شرعي والتصرف
في الشايع سايغ شرعا كما اذا باع احد الشريكين نصيبه قوله ولانه ما من جزء الا وآخر حامل على
المطلوب ووجه ان الشايع ما يحمل من جزء الا وهو شريكه فيه وكل من حمل شيئا مشتركا فانه
عامل لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه والثاني ان يقول لا يخلو مسألة
عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني هو كذلك عدم استحقاقه الاجر
على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان
عمله لنفسه اصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس للحاجة وهي تندفع
بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصوده المستاجر بها بوجه هو عنده كعمله لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله
بخلاف الدار المشتركة جواب عن قياس الخصم على استيجار الدار المشتركة ووجهه ان المعقود عليه هناك
منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب
عليه الاجر بخلاف الحمالة فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشايع لا يتحقق كما مر وقوله وبخلاف العبد
جواب عن قياسه على استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب
صاحبه والملك امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع كما في البيع بخلاف الحمالة فانه فعل حسي فلا يقع الشايع
ان كل موضع لا يجب فيه الاجر بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار
المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك ومن استاجر ارضا ولم يبين انها للزراعة او لغيرها
او بين انها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه لان الارض كما تستاجر
للزراعة تستاجر لغيرها كالبناء والغرس وكذا ما يزرع فيها مختلف منه ما يضر الارض اكثر من غيره كذرة
والارز فان ضررهما بها اكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى
الاجل وجب المسمى استحسانا والقياس ان لا يكون له ذلك وهو قول زفر لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب
جايزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع
لان الاجارة عقد يعقد للاستقبار فاذا شاهد المزروع في يوم المدة وعرف انه ضار او ليس بضار فقد
ارتفع الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك كارتفاعها من حالة العقد لان كل

جزء منه بمنزلة ابتدائه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا وصار كما اذا استأجر الى الذرع مثلا ثم استأجر
الاجير قبل ان يأخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط الخيار الى اربعة ايام ثم اسقط الرابع قبل مجيئه وهذا ذا اتحد المختلف
على المختلف فان زفر لم يقل بذلك ايضا لكن لما اثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكر ههنا ليطرد الجواب ولا يتفاوت
ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر في اول الباب ما يجوز من الاجارة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد
حتى يسمي ما يزرع فيها لان ذلك وضع الغرر وهذا وضع الجائح الصغير يشتمل على زيادة فائدة في قوله وان
زرعها ومضى الاجل فله المسمى ومن استأجر حمارا الى بغداد ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمل الناس فعطب في
نصف الطريق فله حمار مثله الى بغداد لان الاجارة وان كانت فاسدة فالمعنى المستأجر امانة في يد المستأجر لانه حكم
الفاسد انما يؤخذ من الجائز اذ لا حكم للفاسد بنفسه لانه مباشرة ما قصد بنقضه فلا بد وان يؤخذ من الصحيح
حكمه فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الاولى وفي قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت
قبل تمام العقد فانه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة فا
نقلب الى الجواز ووجب المسمى وان افتعما بقدر ما حمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة
رفعا للفساد لانه قائم بعد والله اعلم

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع
في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان فاقول الاجراء على ضربين الاجراء جمع اجير وهو على نوعين
اجير مشترك واجير خاص والاصل في وجه تقديم المشترك على الخاص دورتي قبله وتعريف الاجير المشترك
بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك
فيكون معرفة الحد موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور ويجيب بانه قد علم مما سبق في باب الاجر حين يستحق
ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفة على معرفة المعرف وقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل
تعريف بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه يبقى ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي قوله كونه
تعريفا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل
حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ويؤيده قوله لمن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده
ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر يضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو
المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الخلط مستحق عليه اذ لا يمكن
العمل الا به ولا حفظ اذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالنهب والسرقة وترك المستحق عليه
تقصير من جهته ليوجب الضمان كما لو بعد اذا كانت باجرة فانها تبقى لان اثر مقصود المسئلة في حافظ الاستحقاق باجر
فبذلك الاستحقاق يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه
والحريق الغالب لسقوط ذلك لانه لا تقصير من جهته الا ترى ان العين في يده امانة لان التسليم حصل باذنه و
لهذا لو هلكت لا يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمن ولو كان العين لا يده مضمونة لضمنه كما في المغصوب فان قيل

لان المعقود عليه اذا كان مركبا وقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مركب

الاعتبار

الاعتبار ليس بصحيح لان ما يحتاج فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما امكن التحرز فيوجب الضمان والغصب
كذلك اجاب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا فان ذلك لان العقد ورد على العمل لكونه اجيرا مشتركا
والحفظ ليس بمقصود اصلي بل اقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا لا يثبت حرمة اقامة
العمل فلم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر فكان
وما تلف بعمله كتخريق الثوب مثلا وما تلف بعمل الاجير المشترك كتخريق الثوب بخرقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل
الذي يشد به الكارة الحمل وغرق السفينة بفتح الراء من متعها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان
عليه لانه امين بالنص مطلقا اذا استأجر ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق ينتظم الفعل
بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق وصار كالاجير الواحد وصار كالعقار ولنا ان الداخل تحت الاذن ان الامر
ما هو الداخل تحت العقد لان الامر تابع العقد او لازم من لوازمه والداخل تحت العقد هو العمل المعلوم لانه هو الكفيلة
الى الانتفاع العين من فعله الذي هو المعقود عليه في الحقيقة لكونه هو المقصود حتى لو عمل ذلك بفعل غيره
الاجير وجب الاجر اذا كان كذلك كان الامر فيها بالسلامة فلم يكن للعقد مأمورا به بخلاف سعي العقار لانه
متبرع فلا يمكن تقييد عمله بالمصلحة لانه يمتنع عن التبرع وهما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده والملتزم ان يلتزم
جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به للغير من تبرع له ولو عمل بان التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي
السلامة فان اسلم وبخلاف اجير الواحد على ما ذكر قوله وانقطاع الحبل جواب عما عسى ان يقال انقطاع
الحبل ليس من صنع الاجير فما وجه كونه من جملة ما تلف بعمله فانه من قلة الاهتمام فكان من صنعه الا انه لا يضمن
به ان يفعله بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسببه وقد حده لان الواجب ضمان الآدمي
وضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقد
ومن استأجر من يحمل دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي
حمله والاجرة فان شاء ضمنه في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان
كانت تباع هناك اما الضمان فلما قلنا انه اجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كما في تخريق الثوب بالدق فان
السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنعه ولم يدخل تحت العقد واما الخيار فهو ان الكسر
يفتقر ان لا يتجزى عند ابي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك واذا
كان امانة وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد
يبين انه وقع تقديرا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن بعقد وانما له
العقد عند الكسر فيخير ان الوجهين شاء فان اختار الوجه الاول فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان
اختار الوجه الثاني فلا اجر له لانه ما سلم له اصلا وان افتقد العقاد او بزغ البناء ولم يجاوز الموضع
المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير يطالب بنزع الآجر وانما اعاد روايته لنذكر
بيان ليس لا رواية الدورتي وكل منهما اشتمل على نوع من البيان اما في الدورتي فلانه ذكر عدم التجاوز
عن موضع المعتاد ويفيد انه ان تجاوز ضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجر وكذلك الجناية بامر المولى

والحلاق ويفيد انها اذا لم تكن بامر خمس ووجه ذلك ان الحلاق لم يقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم
العمل والتحرز عنها غير ممكن لانه اذ السراية تبنى على قوة الجناية وضعفها ضعفها في محل الالم وما هو كذلك مجهول
والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالصلاح العمل لئلا يتقاعد الناس عنه مع ماس الحاجة والاكثر
دق الثوب وخرقه لان الحلاق مقارب بالدق قبل ان تخرج العروق من حمات الفصاد والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب
ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من رواية الكتاب ان الحجام اذا حجم العبد باذن
مولاه وجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منه قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت واجيب بان ذلك
بحسب قدر الجناية وهي ان الختان اذا احشفه ختنه قطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية وان مات
فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد الجناية انتقص ضمانه
اجيب بان محمدا قال في الزيادات انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لانها آلة في النفس
فينتقل بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان واما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو
قطع الجلدة والآخر ماذون فيه وهو قطع الحشفة فلا جرم انا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التفويت في
البدل بضمان التسبب لا السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة استند انتهاؤه الى التلف فقطع الجلدة لا محالة فلا
كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يقع التلف به وان لا يقع والتلف غير مضمون فكان هدرا
بخلاف الحز فانه لا يحتمل ان لا يقع التلف به قال

والاجير الخاص الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجرة
بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا لخدمة شخص او لرعي غنمه وقد ذكرنا ما يدل على الاجير المشترك
والجواب عنه فعليك بتأمله ههنا وقد ذكر وجه التسمية وهو ظاهر وجه ولهذا اي ولان الاجير مبادل بالمنافع
والمنافع مستحقة لينتفي الاجير مستحقا وان نقص العمل على بناء المفعول على ان الاجير المشترك فانه روي عن محمد لو خاط
خياط ثوب رجل باجر فنقصه رجل قبل ان يفرغ الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب
ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما فالكلام العقد قد انتهى بتمام العمل
وان كان الخياط هو الذي نقض فعليه ان يعيد العمل وهذا لان الخياط نقض الثوب فقد نقض عملا وما كان
لم يكن بخلاف ما اذا نقضه اجنبي لان نقض الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا ولو كان اجيرا خاصا
فنقضه استحق الاجر ولا يجبر بالتلف لا يد بان سرق منه او غاب او غصبه لانه تلف عن عمل بان
اكتسب القدوم لعمله او خرق الثوب من دقه اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا اتلف
الاقل وهو ما اذا تلف لا يد فلان العين امانة في يده لحصول القبض باذنه وهذا ظاهر عند ابي حنيفة
وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس وقاية بتبيد
اعيانا لكثرة رغبة في كثرة الاجر وقد يعجز عن قضاء حق الخلق فيها فضمن حتى لا يفضي في حفظها ولا يأخذ الا
ما يقدر على حفظه واجير الوحد لا يتبدل العمل بل يتم نفسه فتكثر السلامة غالبا فيؤخذ فيها بالتلف واما
الثاني وهو ما اذا تلف عن عمل فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر بتسليم النفس صح تصرفه فيها والامر بالتصرف
فيها فاذا امر بالتصرف لا ملكه صح ويصير المأمور اي الاجير نائبا متابعا به فصار فعله مستندا اليه كانه فعله

فلهذا

فلهذا لا يضمن

باب الاجارة على احد الشيئين

لما فرغ من ذكر الاجارة
على شرط واحد شرع في هذا الباب الاجارة على احد الشيئين لان الواحد قبل الاثنين قال

واذا
قال للخياط اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته رومية فلك درهمان
جاز بالاتفاق وان العملين عملا استحقا الاجر المسمى وكذا اذا كان التمايز بين الصبغين او الدارين او الدابتين
او مسافتين وكذا اذا كان بين ثلاثة اشياء اما اذا كان بين اربعة اشياء فلم يجز والمعنى في جميع ذلك البيع
والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجارة انما يجب بالعمل
وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الخيار بفساد العقد فتنتفي الجهالة ولا تقع المنازعة الا
باثبات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال ابو حنيفة الشرط
الاول جائز والثاني فاسد فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان
فتى اي خاط استحق المسمى وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك
يفضي الى الجهالة المفضية الى التنازع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد
في اليوم بقوله خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر كذا ههنا
وكذا الغد للتنجيز فيه لان حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان للتنجيز فكذا ههنا
اذ ليس لتعدد الشرط اثر في تغيير مفهوم كل يوم شيئان اما في اليوم فلانه ذكر الغد اذا كان للتنجيز
كان العقد المضاف الى غد لا يتناول اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلانه العقد المنعقد في اليوم بان لان
ذكر اليوم للتعجيل مع المضاف الى غد واذا اجتمع الكل واحدهما شيئان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على
البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب ان الجهالة تزول
بوقوع العمل فان بتعيين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم والحاصل ان ذكر اليوم للتأجيل لانه حقيقة فلان
قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصر على اليوم فيتقيد اليوم فيتقيد اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت فاكثر
الغد للتعليق اما الاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فيكون مراده لكونها
حقيقة واذا كان للاضافة لم يكن العقد لا يتناول الحال فلا يجتمع الكل في يوم شيئان قوله ولان التعجيل وان جرى
دليلا آخر لهما ومعناه ان المعقود عليه واحد وهو العمل ذكر بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض
اغراضه في اليوم من التعجيل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار با
خلاف الغرض كالتدعين من العمل في الجناية الفارسية والرومية ولا يصح ان ذكر الغد للتعليق
حقيقة اما للاضافة ويجوز ان يقال يجتمع الاضافة بالتعليق اشارة الى النصف الغد ليس بسبب جديد لان
التسمية الاولى باقية وانما هو بعض النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق اما التعليق الخط با
لتأخير وهو يقبل التأخير واذا كانت الحقيقة ممكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز واذا كان للاضافة
لا يجتمع شيئان في اليوم ولا يمكن حمل اليوم على حقيقته التي هي الثانية لانه يفسد العقد لاجتماع الوقت
والعمل فاذا انظرنا الى ذكر العمل كان الاجر مثله واذا انظرنا الى ذكر اليوم كان اجر احدهما متناقضان

لنا في لزوم ما فات ذكر الغد يوجب عدم وجوب الاجرة ما لم يعلق ذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم
النفس المدة وتنافي اللازم تذكر على تنافي الملزوم وان ولذلك عدلنا عن الحقيقة الى ما ثابت الى المجاز
الذي هو التجيل وحينئذ يجمع الغد شمنيات دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل و
لنا ان يقدر بعد اليوم للتجيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة
الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم لا من صحة
الاولى والضمنيات غير معتبرة واستشكل على قول المحسن بمسئلة المحابيم فانه جعلها وكذا اليوم للتاقيت و
وافسد العقد وهنا للتجيل وصححه واجيب بما ذكرنا ان ذكر اليوم للتاقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع
من ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز
وهو فصل الاجر المتاخر بخلاف حالة الانفراد فانه لا دليل ثمة على المجاز فكان التاقيت مرادا وفسد العقد
وقد بان دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التجيل فيكون مرادا فتظهر الظاهر الحال والجواب
ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس موجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان
الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال وقد ذكرنا علة ان قياس زفر حالة الاجتماع بحالة الانفراد كما
لوجوه الفارق واذا وجب اجر المثل فقد اختلف الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا خاطه في اليوم الثاني
روي عنه ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يتجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى لليوم الثاني وقال زفر
هو الصحيح وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تعتبر في اليوم الثاني
فيصير لمنع الزيادة ويصير التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف
درهم عند ابي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فالزيادة الى ما بعد الغد اولى واما عندهما
فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه قال ولو قال ان اسكنت لك هذا البيت عطارا
فبدرهم ولو قال ان اسكنت لك هذا الدكان عطارا فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين ولو استاجر
بيتا فقال ان سكنت فيه فبدرهم وان سكنت حدادا فبدرهمين ولو استاجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل
عليها كذا شعير فبنصف درهم وان حمل كذا حنطة فبدرهم فذلك كله جائز عند ابي حنيفة قالا وان استاجرها
الى الحيرة بدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين جائز بخلاف الخلاف والما قال ذلك لان هذه
المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا يحتملان يكون هذا قولا لكل واحد يحتملان يكون قولا في حق خاصة
كما في نظائرها وجه قولهما ان العقد عليه احد الشيئين وكذا الاجارة احد الشيئين وهو مجهول والجهالة
الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الجهالة الروية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه
وانت صححته اجاب بقوله بخلاف الجهالة الروية والفارسية لان الاجرة يجب بالتخلية في الدار والدكان والتسليم في الدابة فتبقى الجهالة وهذا الفرق
اي قوله يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما والاجر عند ابي حنيفة انه يجب عقدين صحيحين
مختلفين فيصح كما في مسئلة الروية والفارسية وهذا اي كونهما مختلفين لا يمكنا مبتنيه بحالة اسلام الحدا

الآبري

الآبري انه اي اسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في اخراجها قوله والاجارة جائزة يجب الاجر
بالتخلية الى آخره وتقريره ان الاجارة تعقد للانتفاع وعند تعذر الحالة اعانة الانتفاع مع التمكن فيما دار
لا معتبر به ولا يصح الايجاب الآخر بمجرد التخلية بان يسلم ولم ينتفع به حتى تعلم المنفعة يجب اقرار الاجرين للتعذر
به

باب اجارة العبد

تاخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لاجناحه الى ظهور بيان ظهور
وجهه بالحالة درجته ومن استاجر عبدا ليخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمته
السفر تشتمل على زيادة مشقة لا محالة فلا يتناولها الاطلاق واعتبر بان المستاجر لا يملك منافعه
كالمولى وللمولى ان يسافر بعبده فكذا للمستاجر وجه بان المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبة والمستاجر
ليس كذلك وتدفع بمن ادعى دارا في يد رجل فاقام المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى
السفر وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الآخر بعد استيفاء العقد لان
المنفعة في التقابل انما تنزل من حيث انه يقدر تحته الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد يلزم الموجر ما لم يلزمه
من مؤنة الرد وتجاوز بها على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر
يلتزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا ما ترى انقطاع لان المعقود حاجة ان يضم الى علة وهو قوله والمستاجر
لا يملك رقبته قيدا وهو ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب ان يقال لانه لم ان المستاجر لا منافع
العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانه ومكانا ونوعا وليس للمستاجر كذلك بل يملكها بالعقد
ضرورة تقييد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف توجيه او دفع من مؤنة
الرد على ما ذكرنا يوجبه ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر على ما لم يتعذر المصر ثم اراد المستاجر
السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر فكان عذرا لفسخ
به الاجارة قوله فله بدعة اثر المستعمل بقوله فله يتناولها الاطلاق ولان التقابل بين الخدمتين ظاهر
فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين فاذا تعينت الخدمة في الخصوص فلا يبقى غيرها داخلا كما في الركوب فانه اذا
استاجر دابة ليركب بنفسه ليس له ان يركب غيره للتقابل بين ركوب الراكبين فكذلك هنا ومن استاجر عبدا
محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان يسترده منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضي
ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال والاجر على الغاصب فصار
كما اذا اهلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه غاصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان
ان الغرور نافع على اعتبار الغرامة سالما فصار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والقوم ما ذهبوا به كقبول الهبة و
اذا جاز الدفع لم يكن له ان يسترده منه قال ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه ومن غصب
عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله لم يضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن وقال مالك
يضمن اذا كان الاجارة صحت على ما مر من وجه الاستحسان ان الغرور نافع والمجبور ما ذهب الى المنافع
ان الضمان انما يجب بالتلف في مال محترم لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محترم لان الغاصب اذا اهلك العبد
لا يخرج نفسه عنه فكيف يخرج ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك او بيد نائبه وهما الغاصب ليست

بها ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان غلة الغاصب اذا استهلكه ولد المغصوبة ضمنه لا يجوز
اجيب بانه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجرة فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة فان
وان وجد الموت الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجرة قوله لم جميعا لانه
ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر منه قوله والنائب ماذون فيه كقبض الهبة واذا كان ماذونا
وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض وايداعه فلم يحز وجود المستاجر عهدة الاجرة فانه
يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة في اذا اجر العبد المغصوب بنفسه فان اجره الغاصب كان الاجر
لمالك ولا خلاف عليه بالاتفاق وان اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد
ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول باربعة لانه المذكور
اولا والمذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة يحتمل التنكير فان مجهولا
والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو قال استاجرت منك هذا العبد شهرا
وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد ونظرا الى تحقق الحاجة فان الانسان انما يستاجر الشيء لحاجة تدعوه
الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد واذا انصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما
يلي الاول ضرورة قيل بنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان
المذكور في الكتاب قوله المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجب لكنه قال الموجب قال آجرت عبدي
هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر قد استاجرته شهرين شهرا باربعة وشهرا
بخمسة قوله ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم الى آخره ظاهر فيه قوله فترجح حكم الحال فانه انشئ كلام بان الحال
يصلح للدفع دفعت الاستحقاق لرجاء المستاجر بالعبد وهو صحيح قالوا للموجب ويستحق الاجر فلانه موجبة
للاستحقاق وليس بناهض لان المصنف اشار الى دفعه بقوله وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه وبيانه
ان الموجب للاستحقاق هو العقد مع تسليم العبد له في المدة ولكنه يعارضه كلامه في اعتراضه ما يوجب
السقوط فجعل الحال مرجحا لكلام الموجب لا موجبا للاستحقاق فهو الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت
لا موجبة

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل
ذكر احكام اختلافهما وهو الفرع لان الاختلاف انما يكون بعارض قال واذا اختلف الخياط ورب
الثوب ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نفس المعقود عليه كالثوب والقميص والخياطة او الحمولة والعقر
قالوا قولا من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا رحمهم الله لانه لو انكر اصل الاذن كان القول
له فكذا اذا انكر صفة تكثر بعد اليمين لانه انكر ما لا قدرة به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه وان
شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى لانه قبل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط
ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء واعترض بان هذا هنا اتفق المتعاقدان على المامور به والاجير
خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف يكون هذا مثل ذلك اجيب بانهما مثلها انتهاء لا ابتداء لانه ذكر
هذا الحكم هناك بعد يمين صاحب الثوب وانما خلف كان القول قوله فلم يبق الخلاف الا آخرا فكانا في الحكم

في الانتهاء

في الانتهاء سواء فذكره بعد نسخ العذور ويضمنه ان يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ
في الاولى اعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة
عن محمد رحمهما الله وجه الظاهر وهو الاصح ان الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الخرز والصابون
في عمل الغسال فلا يضمن صاحب الثوب شيئا للصبغ حتى يعتبر القيمة عند ذي السبب ووجه رواية محمد ان الصباغ
بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجوب الاجرة فقال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر
وقال الصانع باجر فالقول لصاحب الثوب عند ابي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله لان تقومه بالعقد وبكذا يعرف
والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حرفيا له رغبة فالقول بان انكرت تلك
المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فله لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما
وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجر جرى ذلك
مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو يوسف لانه منكر ما ذكره من الاستحسان
مدفوع بان الظاهر يصلح للدفع والحاجة هنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تاخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد لا محالة قال ومن استاجر
دارا ففسخ الاجارة بعيوب تضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافا
للشافعي فاذا استاجر دارا فوجدها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ وكذا اذا استاجر عبدا للخدمة
فذهبت كلتا عينيه واما اذا كان عيبا لا يضر كما لو سقط سنه لم يكن له ما جاء اليه في السكنى او ذهبت احدى
عينيه الى العبد فلا فسخ له وقوله لان المعقود عليه دليل على ذلك ووجهه ان المعقود عليه هو المنافع وانها
توجد شيئا فشيئا وكلما كان كذلك كان حدوثه بمنزلة الابتداء فان العيب حادث قبل القبض وذلك يوجب
الخيار كما في البيع وعلى هذا لا فرق بين ان يكون العيب حادثا بعد قبض المستاجر او قبله لان الذي حدث
بعد قبض المستاجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه
جميع البدل كما في البيع فان المشتري اذا رضي بالمبيع المعيب ليس له الرد بعد ذلك وكذلك اذا زال الموجب
ما به من العيب كان خيار للمستاجر لزوال السبب واذا خربت الدار وانقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن
الرحى انفسخت الاجارة وهذا قول بعض اصحابنا وصحح النقل هذا الثاني ذكره في كتاب البيوع ولو سقطت
الدار كلها قال ان يخير سواء كان صاحب الدار شاهدا او غائبا فيه اشارة الى ان عقد الاجارة ينفسخ
بانهدام الدار لانه لو لم ينفسخ العقد لشرط حضرة صاحب الدار لانه ذو عيب وهو لا يصح لا بحضرة المالك
بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله لان المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه
قولنا البيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ وصحح النقل بادرك
هشام عن محمد فيمن استاجر دارا فانهدم بناؤه الموجب ليس للمستاجر ان يمنع ولا للموجر وهذا تنصيص
منه على انه لم ينفسخ لكنه ينفسخ واستدل على ذلك بان المنافع فانت على وجه يتصور عودها كالثمرة
اباق العبد المبيع قوله ولو انقطع ماء الرحى والبئر مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه

جزء من المعقود عليه او روح استهاد ابه على انه لا ينفسخ بانقطاع الماء واذا مات احد المتعاقدين وقد
عقدا الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة به او الاجرة المملوكة به لغير العاقد مستحقة
بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من الموت الى الوارث لا يتصور في المنفعة
والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلت بالانتقال كان ذلك قولا
بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث واما اذا عقدها لغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لم ينفسخ
لانعدام ما اشرنا اليه وموجر ورثة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد
وبقي بعد الموت كذلك وتوضيحه اذا استاجر دابة الى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق كان
للمستاجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فمات احد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ
العقد واجيب بان ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة اخرى في وسط المفازة ولا يكون
ثمة قاض يرتفع الامر اليه فيستاجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد ثمة دابة اخرى يجد عليها متاعه
ينفسخ الاجارة وكذا لو مات في موضع فيه من ينفسخ الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما
ينافي البقاء وموت الموجر اذا ثبت للضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحقاق الضرورة والمستحق لا يوجد
نقضا على القياس كتلهير الحائض والاولى ان يقال بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس
بلازم فانا قد قلنا ان كلمات العاقد لنفسه انفسخ ولم نلتفت بان كلما انفسخ يكون بموت العاقد لان
العكس غير لازم لامتناع وجوده و بعضه
نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وموجر ورثة المنفعة
المملوكة او الاجرة المملوكة لغيره من عقده مستحقة بالعقد موجودة فيه فانفسخ لاجله فان
ويقع شرط الخيار في الاجارة اذا استاجر دارا سنة على انه او الموجر بالخيار فيها ثلاثة ايام فهو جائز
عندنا وفي احد قولي الشافعي انه لا يجوز لان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه العمل عليه بكماله لتعلق بعض
وان كان للموجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك والكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصل ان المنافع جعلت
في الاجارة كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا هنا ولنا انه عقد معاملة لا
يستحق القبض فيه في المجلس كالسلم وكذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة فانه لما كان عقد
معاملة يحتاج الى التروي ليلا يقع في الغبن وقد يكون بعض المعقود عليه لا يتبين الا بخيار العيب كما تقدم
فكذا بخيار الشرط قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف
فان الخيار فيها لا يصح وقوله بخلاف البيع متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه وانما كان فواته في الاجارة
لا يمنع الفسخ في البيع يمنع لان تفكيك البيع ممكن دون الاجارة فيتبعض فيه دونها لان التكليف انما يكون
بحسب الوسع والهذا اي ولان تفكيك البيع دون الاجارة يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر
بعض المدة لان التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استاجر دارا
سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلب ثم تحاكم ليس للمستاجر ان يمتنع من القبض بقية

السنة

قال فيه يعني ان الاجير الخاص
اذا تعلق بالرهن حق الحبس
بعد ما فيه الحبس الا ان ينفسخ
الاجارة فلما انفسخ لا يعود حق
الاوفاء لا الاعلى من
المستاجر للحبس هذا الا

يمكن

الا بالعيب

هو الحبس

احتج محمد في الحبس
تقوية لشافعي

بلا اذا وانما

كالرجوع والهبة

السنة عندنا وقال الموجر ان يمنعه عن ذلك وقال الشافعي للمستاجر ان يفسخ العقد فيما بقي بناء على
الاصل الذي بينا ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يخير
فيما بقي لانحلال الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام فلذلك يثبت حق الفسخ قلنا الاجارة عقد متفرد قائم
بنفسه فيها تفريق الصفقة على هذا يكون قوله ولهذا يخير المستاجر بيان فرع اخر لا للتشهي كما
حيث لم يكن الخصم قابلا به قال وتنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا تنفسخ الاجارة بالاعذار
عندنا وعند الشافعي لا تنفسخ بناء على ما مر مرارا ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد
عليها فكانت كالبيع والبيع لا ينفسخ بالعذر فكذا الاجارة ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود
عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع اذا المعنى المجوز للفسخ يجمع الاجارة والبيع جميعا
وتمام المعنى الجامع عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا بخلل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى
العذر عندنا وان في يجوز بما اذا استاجر رجلا ليقلع ضرسه لوجع ثم زال الوجع واستاجر انسانا
لينخذ وليمة العرس فماتت العروس واستاجر رجلا ليقلع يده لاكلة وقعت بها ثم بدت فانه لا يجبر المستاجر
على قلع الضرس واتخاذ الوليمة وقلع اليد لا محالة لان في المضي عليها التزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا
الباقي ثم ذكر اختلافا في الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال ثم قوله اي قول القدوري في المختصر فسخ القاضي
اشارة الى الافتقار اليه في النقض وهكذا ذكره في الزيادات لمحمد رحمه الله الذي وقال في الجامع الصغير كما ما ذكرنا انه
الى عذر فان الاجارة فيه تنفسخ وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القاضي وانكر وجهه في الكتاب فانكر
في الوجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من التمام القاضي وفيه ما فيه غير مفيد وتحقيقه ان الامام الرخسي
ما ذكره في الزيادات وصحح قاضي خان والمجتبى قول من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء
لظهور العذر اي لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر اي لكون ظهور العذر
قوله ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فاظهر له فيه رأي منع عن ذلك ظاهر خلاف مواضع بينها
قوله ومن استاجر عبدا ثم باعه فليس بعذر وهو لفظ اصل الجامع الصغير لكن قيل له ان البيع بعد ما اجر اختلفت
الفاظ الروايات وقال شمس الائمة الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سفره من المستاجر وليس
للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد وقوله اما الذي يخيط باجر فرأس مال الخياط والخيط
والمفراض فلا يتحقق فيه الافلاس قبل وقد يتحقق افلاسه بان تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن
تسليم الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يأخذون على امتعتهم قوله ومن
استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فذلك عذر قيل وان قال الموجر لا ابرح السفر لكنه يريد فسخ
الاجارة واجبر المستاجر على دعوى السفر والقاضي يسأله عمن يسافر معه فان قال فلان فالقاضي يسأل
ان فلانا هل يخرج معك او لا فان قال نعم ثبت العذر والا فلا وقيل ينظر القاضي الى حرفته فان كانت ثيابا به
ثياب السفر يجعل مسافرا والا فلا وقيل اذا انكر الموجر السفر فالقول قوله وقيل يحلف القاضي المستاجر بالله
انك عزمت على السفر واليه مال الكرخي والقدوري رحمهما الله مسائل منثورة معنى المسائل المنثورة

وكذلك لو خرج عن الصرع على الحلف بالله انك
تزوجت فاصدا الى الموضع الذي ذكرت فانه

قد تقدم وحصد الزرع ادراكه والحصايد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بها هنا ما يبقى
من اصول القصب المحصود في الارض ومعناه ظاهر وقيد هنا اذا كانت الارض هادية قال — الثانية بالنون
من هزن اي سكن وفي نسخة هادية من هدأ بالهمزة اي سكن وهذا التقييد الذي ذكره من الهادية والغلبة
واختيار شمس الائمة السرخسي قوله واذا اقعد الخياط يعني اذا كانت للخياط او الصباغ دكان معروف وهو
رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فاقعد لكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من
الناس ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز لان راس
مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح راس مال الشركة — المتقبل العمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون
العامل اجيره بالنصف وهو مجهول وان تقبلا العمل عاملان مستاجرا الدكان جلوسه في دكانه بنصف ما يعمل
وهو مجهول والطحاوي مال الى وجه القياس وقال القياس عندي اولى من الاستحسان وجه الاستحسان ان
هذا ليس باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لكن شركة التقبل لا يكون ضمان العمل عليهما
واحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها لتعامل بها
قال — صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن قال — قبل شركة التقبل هي ان يشتركا
على ان يقبلا الاعمال وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة في الحاصل
تقتضي ابتداء الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء اذ ليس كلامهما الا بحسبه تخصيص احدهما بالتقبل و
الاخر بالعمل ذكر او تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا اثبات الشركة في التقبل اقتضاء فلما
اشتركا في التقبل معا والصحيح شركة التقبل ثم تقبل احدهما وعمل الاخر جاز فكذا هذا هو المذكور في عامة
الشروح وهو صحيح لما ذكرنا من النص فانه لا يظن شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا الرجل حاذق يقبل و
وهذا بحذاقته يعمل انسب لشركة التقبل واذا كانت شركة الاجارة لم تفسد الجهالة فيما يحصل لهما في الشركة وقوله
ومن استاجر جملا ليحمل عليه جملا ظاهرا والوكاء الرباط والكنز مجموعا ما روي ما تلقي عليك من كساء وغيره
وقوله وقد الزاد معتاد جرى عليه عادة الناس لا يطلق العقد ينصرف الى المتعارف ومن عادة المسافرين انهم ياكلون
من الزاد ولا يرد من شيء مكانه ووجهه ان العرف مشترك فانه معتاد عند البعض كما الماء والعرف المشترك
لا يصلح مقيدا فله ما تيقن من العمل بالاطلاق ومدار الحلق العقد على حمل قدر معلوم لمسافة معلومة ولم يتقيد
بعدم تقديمه فيما تيقن من المحمل فوجب جوازه قدر ما تيقن عملا بالاطلاق وعدم المانع

كتاب المكاتب

قال — النهاية اي عقد الكتابة بعد عقد الاجارة كتجنبه ان كل واحد منهما عقد يستفاد به
المال بمقابلة مال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض فلا يجب الفصل بطريق الاصالة ولهذا وقع الاحتراز
عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة مال يخرج به البيع والهبة بشرط العوض
وقوله بطريق الاصالة خرج به الخلع والطلاق والعتاق على مال فانه ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة
وذكر بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد الطلاق
عقيب كتاب العتاق لان الكتابة تالها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق الجزائي

الرقبة

الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو انسب
للاجارة لان سبب الذاتيات اولى من العرضيات وقدم الاجارة لسبقها بالبيع من حيث التمليك
والتزايد فكان انسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه
من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق عتق بمال فان المراد به ما يحتاج الى الايجاب والقبول وذلك غير شرط
في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية واما الاعتاق على مال فانه وان كان عقدا يحتاج
الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى ان
المكاتب بالعجز يعود رقيقا دون المعتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء للمقدر وشرطها قيام
الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدرا وجنسا وحكمها في جانب العبد انفكاك الحجر والحال وثبوت ملك
اليد حتى يكون المكاتب احق بكاسبه وثبوت الحرية اذا ادى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية
مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا اتفقا والفاظها الدالة عليها ذلك قوله لعبده كاتبتك
على مائة درهم فاذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال له جعلت عليك الف نفقتي بها التي تجب لي اقرضتكم كذا وآخره
كذا فاذا ادتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق كان كتابة قال — واذا كاتب المولى عبده
او امته او كاتب المولى عبد او امة على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وبدا العبد
ذلك صار مكاتبا اما الجواز هذا العقد من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته
على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب او لغيره ولما كان مقصود
النص بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو ان الكتابة عقد واجب ان يعلم او مندوب او مباح تعرض لذلك
بقوله وهذا الامر امر ايجاب باجماع الفقهاء واشار بذلك الى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة
وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه ان يكاتبه لان الامر للوجوب وقال انه مواعد تنبيه وهو الصحيح احترازا
عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور
على سبيل الاباحة وفي العادة فانها جرت على ان المولى اذا كاتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال فيه الحمل على الاباحة انما
اشترط بيانا لكونه للتدبير ويؤيده ان في الحمل على الاباحة الغاء السنة لانها ثابتة بدونه بالاتفاق والكلام
الله تعالى منزه عن ذلك وفي الحمل على الندب اعمال لهذه الندبية متعلقة به وذلك لان المراد بالخير
المذكور على ما قال بعضهم ان لا يبقى المسلمين بعد العتق فان كان يبقى بهم فالافضل ان لا يكاتبه في
ان فعله صح يجب حمله على الندب واما اشتراط القوة من العبد فلانه حال يلزمه فلا بد من الالتزام و
لا يعتق الا باداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء فقد روي انما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا درهما
دينار وهو عبد وقال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم
فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وعند ابن عباس رضي الله عنه يعتق كما اخذ الصحيفة من مولاه يعني بتمام
لان الصحيفة عند ذلك يكتب وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق اذا ادى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت مما
ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا ادى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا ادتها فانت حر وقال الشافعي

لا يعتق ما لم يقل فإن بينك على كذا إن أديته إلى فأنت حر لأن الكتابة ضم نجم إلى نجم فلا تقف على ذلك وإن أعربت
عليك الف على أن تؤديها إلى في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تعرض
به وموجبه ههنا ضم حرية اليد الحاصلة الحال إلى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وإن لم يتعرض به
كما في البيع فإنه يثبت الملك وإن لم يتعرض لكونه موجبه ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع وقال
الشافعي يستحب عليه حط ربع البدل لموافقة عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم
فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا لأنه قال من مال الله وهو يطلق
على أموال الزكاة كالصدقات والزكوات فإن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا
به على أداء الكتابة والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء والحط لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما
في أيدينا لأن الوصف الثابت لذمة المكاتب فحمله على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم
فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال القرآن في التعليم لا يوجب القرآن في الحكم لأنا لم نجعل
القرآن موجبا بل نفي الأمر المطلق عن قرينة غيره للوجوب للوجوب وقوله تعالى فكاتبوهم قرينة لذلك
قال ويجوز أن يسمى المال حالا بدل الكتابة عند أن يسمى كونه حالا ومؤجلا غير صحيح وصحيح
عندنا وقال الشافعي لا لأنه من تجنيس لأنه عاجز عن التسليم لا يقدر من الزمان لخروجه من يد مولاه مفلسا
ولم يكن قبل العقد أهلا لملك المال والعاجز عن التسليم لا يقدر له من أجل يقدر به على البدل وأن قبل المسلم إليه عاجز
عن التسليم لأنه لو قدر عليه لطالبه بالتسليم فلا يقدر له من أجل أجاب بقوله بخلاف السلم علما لأنه أهل
للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل على الإقدام على العقد عليها فيثبت ولنا أن
ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثابت لأن المسلمين مأمورون بإعانته والفرق متعلق بالاستدانة و
الاقتراض واستيهاب والاستقراض بالتكدية والكتابة والعشور والصدقات وقد دل الإقدام على العقد
عليها فيثبت ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التنجيم ولأنه عقد معاوضة وهو يقتضي المعقود عليه والمعقود به وجوب
المعقود عليه لا بد منه لأنه عوض في عقد بيع مال بمال عند الإنسان ووجوب المعقود به ليس بشرط لكن لا جماع على جواز ابتياع من
لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة فأشبه الثمن في البيع والتأجيل عليه ليس بشرط فكذا على البدل
والمسلم فيه معقود عليه ووجوبه شرط فأشبه البيع فلا بد من التأجيل عليه لما عرف من أصلنا وكذا ذكرناه
في التقرير مستوفى ولأن مبنى الكتابة على المسامحة لأنه عقد كرم إذ العقد وما يملكه لمولاه في الظاهر من موالاه
إن بعجزه فإن لم يعجزه وطالبه بالأداء وامتنع عنه نبره رمقا بالإعراض أو بقضاء الدين بخلاف السلم فإن
مبناه على المضايقة خلفا لأموالهم في ظاهر فلا يجوز حالا وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء
جائزة لتحقق الركن منه وهو الإيجاب والقبول إذا العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والحجر بالنسبة
إلى النافع وخالفه الشافعي فيه وسوى هذا الخلاف منه بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة فإنه لا يجوز لأنه
ليس من أهل التصرف فلا يصح الإذن له وعندنا هو من أهل التصرف إذا عقل العقد وتقضاء ذلك بنجز برأي
الولي والتصرف نافع فيصح الإذن بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد لأن القبول لا يتحقق منه بدونه حتى لو أدى ثمنه

غير

عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع فقوله ومن قال لعبده جعلت عليك الف تؤديها إلي نجما أول نجم كذا وآخر
كذا فإذا أديتها فأنت حر لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها فإن الجمع المذكور مفيد لذلك فإن قوله جعلت
عليك كذا على أن تؤديها إلي نجما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الجزاء فالمولى يستأدي بعبده الجزاء ولا يعتق
جهة الكتابة ما لم يقل فإذا أديت فأنت حر وأما قوله وإن عجزت فأنت رقيق لبيد بلازم وإنما ذكر لحث العبد
على أداء المال لعتق الجزم والمكاتبة بدونه صحيحة ولو قال إذا أديت إلي الف كل شهر مائة فأنت حر اختلفت
الرواية في رواية أبي سليمان هو مكاتبة لأن التنجيم يدل على الإيجاب لأنه يستعمل للتيسير وذلك في المال ولا
يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده دينا إلا في الكتابة وفي نسخ أبي جعفر يقيد إذا في رواية
لا يكون مكاتبة قال لخبر الإسلام وهو الأصح اعتبارا بما لو قال إذا أديت إلي الف في هذا الشهر فأنت حر
فإنه لا يكون كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تقريرا لها لأنه يدخل سائر الديون وقد تخلو الكتابة
عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة فيكون تقييدا لها فلا يكون كتابة قال وإذا صحت الكتابة
خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه ٥ وإذا صحت الكتابة تخلص المكاتب عن يد المولى بعد تحقق المقتضي حتى يخرج
المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم ما كان
في يده الحاصلة في الحال إلى ما كان في يده المآلية عند الأداء وأن قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجود ما كان
النقد في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن ما كان النقد قبل الأداء ثابت من وجه ولهذا لو جنى
عليه المولى وجب عليه الأرش وكذا ولد المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم أو تحقق مقصود الكتابة وهو أداء البدل
فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر طويلا كان أو قصيرا بدون إذن المولى عند أبي حنيفة لأن مقصود المولى وهو أداء
البدل قد لا يتحقق إلا بالسفر وأما عدم الخروج من ملكه فلما روينا من قوله عليه السلام للمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولأنه
عقد معاوضة لما مر وبناه على المساواة ويتقدم ذلك إلى المساواة باعتبار التساوي بالتجزي ويتحقق التأخير
لأنه يثبت بها للمكاتب نوع ملكية وهو ملكية اليد فيثبت في ذمته حق من وجه وهو ملك البدل وإن كان حقا
من وجه لضعفه فيثبت في الذمة مع المنافي إذ المولى لا يستوجب على العبد دينا ولهذا لا يصح به الكتابة
فلو ثبت الحق به ناجزا لما قال به ابن عباس على ما مر فأثبت المساواة لا يكون المساواة فإنه على ذكر
النقد برأيه لأن نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأين المساواة لأن نوع
مالكيته أيضا ضعيف لبطلانه بعوض رقيقا فإن تجزئ المولى عتقه عتق بعتقه لا بالكتابة المتقدمة لأنه
مالك لرقبته فيجوز أن يملك ملكه وسقط عنه بدل الكتابة لحصول ما يقابله مجانا وإذا ولد للمولى مكاتبة
لزمه العقر لاختصاصها بأجزائها تدخل إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه والى
الحرية من جانبها وبناء عليه أي على الوصول إلى البدل من جانبه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء ولا
عبان قابلها الشرع بالأعيان قال الله تعالى أن تبتغوا بأموالكم والزم العقر عند استحقاق الجارية
وعند وطئها بشبهة ولأن الولد أخذ المنفعة لتعذر بقدر الاستيفاء وبسبب كذلك فإنه يلزم
بالوطء واحد وإن جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية وقوله لما بينا إشارة إلى قوله لأنها صارت

ولا يخفى أن الكلام فيما يعتق من الكتابة فلا يكون مجيئا بالكفالة فالوجه من قوله فإن عجزت فعن قلنا على يعقوب

اخص باجنابها **فصل في المكاتبة الفاسدة** وجه تاخيرها سده عن الصحيحة
لا يخفى على احد قال واذا كاتب المسلم عبده جمع فيها امورا يفسد عقد الكتابة عليها ذكر بعضها
اصالة وذكر بعضها استشهادا فاذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة العبد نفسه او على
ثوب او دابة او على ميتة او دم فالكتابة فاسدة اما الخمر والخنزير فانهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو
لا يستحقه فكان عقدا بلا بدل وهو فاسد واما قيمة العبد فلانها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس
والوصف وكذلك الثوب والدابة واما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بدلا وعلى ما نذكره واذا عرف
ذلك فان ادى الخمر والخنزير عتق سواء قال له ان ادّيت الي فانت حر او لم يقل له ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة
وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة كما في البيع الفاسد ووقع في بعض
نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر لانه
بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا هذا اذا باداء قيمة نفسه لانه البدل معنى قال في النهاية وهذا الحكم
الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه ان لا يجعل
ابا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن
الخمر كما ذكره بعض الشراح يجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة انه يعتق باداء
عين الخمر اذا قال ان ادّيتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بدا سلم حصوله شرط تعلق العتق وصار
كما اذا كانت الكتابة على ميتة او دم فانه لا يعتق بتسليم عينها الا اذا قال ان ادّيت الي فانت حر وجه ظاهر الرواية
وهو الفرق بين الخمر والميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند
اداء البدل المشروط بخلاف الميتة فانها ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيها فاعتبر معنى الكتابة
وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لم يسع بقيمة لانه عقد فاسد وجب رده رفعا للفساد
العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ويجب القيمة بالغة ما بلغت ولا
تنقص عن المسمى وتزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وكذا امر وجوب القيمة
بالغة ما بلغت لان الموجب مرضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يجب ملكه لا مقابلة بدل فلا يرضى
بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت
في القيمة او في المسمى لا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك
شرف الحرية والعلم التصور على هذا الوجه ينبغي ان يقال اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين
الخمر فكيف يتصور بطلان حق العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما
ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه وفيما اذا كاتبه على قيمة نفسه يعتق باداء قيمته لانه هو البدل ولا يمكن
اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة لاستحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر ان القيمة عاد انعرف قبل تعرف باحد امرين اما
ان يتصادقا على ان ما ادى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمة بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كما لو كان
الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وان اختلفوا

لا يعتق

لا يعتق ما لم يؤد ثم اقتصر التقويم لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب
ان يفسد البطلان ولا يعتق باداء القيمة اجاب بقوله لانه في الحال ذاك لان البطلان كان في البيع
فانه تعذر لابطاله فان قبل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي ان يعتق باداء ثوب كما يعتق
باداء القيمة اجاب بقوله علله ما اذا كان بناء على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب وتفسير الثوب
عوض والعوض ينتفي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان يكون
المتعين مرادا والا لما قدر على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدفعه ارادته بخلاف القيمة فانها
وان كانت مجهولة يمكن استدراك المراد بتقويم المقومين فان قلت فان ادى القيمة فيما اذا كاتبه على ثوب
يعتق او لا قلت ذكر في الذخيرة ان الاصل عند علمائنا الثلثة ان المسمى ان كان مجهولا القدر والجنس فانه لا
يعتق العبد باداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة اصلا لا على المسمى ولا على القيمة قال وكذلك ان كاتبه
على شيء بعينه لغيره لم يجز اذا كاتب عبده على شيء مولغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد او لا يتعين
فان تعين فاما ان يجيزه او لا فان لم يجزه فاما ان يملكه المكاتب بسبب واداه الى المولى فذلك اربعة
اوجه فان لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبتك على هذه الالف درهم وسمى غيره جاز لانها لا يتعين في
المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز رد رقيقا لان المستحق مال والقدرة على التسليم
موهوم فاشبه ما اذا تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج
بقيمة العبد لا بعينه المثل ولو قدرت لرجعت به والجامع كون كل واحد منهما عوضا بالرجال وجه الظاهر
ان العين في المعاوضة معتبر عليه وللمعتق عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما
في البيع فان قيل قد تقدم ان البدل في الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك عينا جوز الكتابة الحالة
الثمن معقود به لا معقود عليه فلا يكون القدرة عليه شرطا اجاب بقوله ان ذلك اذا كان من النقود
لبساطة الكلام فيها واما سائر العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المبايعة فيصير البدل حكم المبيع فيشترط القدرة
عليه وقوله بخلاف الصداق في النكاح جواب عن قوله فاشبه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود
بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية مانع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرتيقة فعلى ما هو مانع
وهو الصداق اولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلة بمحل مخصص معلوم وان اجاز صاحب العين ذلك
فعن محمد انه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة بان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة
اولى لان بناءها على المسامحة وقيل لانها لا تبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا للمال
من العبد فيصير العين من اكسابه وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب
اما الجامع الصغير اشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره والجامع بين ما اجاز المالك وبين
ما لم يجز ان عند الكتابة بمنزلة المكاتب الذي هو المتعين من الكتابة لانه ملك
المكاتب وفي بعض النسخ لانها ملك المكاتب لكن لا بد من تقدير مضاف يثبت الحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى

الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه ايضا فرض المسئلة في ذلك على ما بينا ان مراده
شيء معين بالتعيين وعن ابي يوسف انه يجوز اجازة ذلك اولم يجز غيره اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز و
جب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية كمهر المسمى لا وان لم يجز كمهر ملك المكاتب العين بسبب و
اداه نصر الى حسن رواه ابو يوسف عنه وذكر طحاوي ايضا انه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد
وهو ظاهر الرواية الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق لحكم الشرط وعن ابي يوسف انه يعتق قال
ذلك اولم يقل لان العقد ينعقد مع النساء كمهر المسمى لا يعتق باداء القيمة وان كاتبه على عين موصوف
لا يدل المكاتب سوى النقود فيه روايتان في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية اخرى كتاب المكاتب لا يجوز
وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وهي التي ذكرت في قوله وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره وقد ذكر وجه
الروايتين في كتابة المنتقى ولم يذكرهما هنا لطوله وذكر بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال وجه رواية
الجواز انه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ووجه عدمه ان كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار
كما اذا كاتبه على عين من اعيان ماله وانه لا يجوز والنقود ليست بعين لانه كاتبه على دراهم او دنانير لا يد
العبد بان كان ماذونا بالتجارة فاكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لانها اذا لم يتعين كانت الكتابة عليها
كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال واذا كاتبه على مائة دينار واذا كاتبه على مائة دينار على
ان يزن عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار
على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويتخلص منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة
وينصرف الى الوسط وهذا بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا صلح مسمى من البدل هو الاصل لا ابدال العقود وما لا يجب
ان هذا الاصل مستقيم ولكن فيه الاستثناء واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح وانما يصح استثناء قيمته وهي لا
يصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم
يبين النوع فانه ترك او هندي ولا الدمي انه جيد او ردي جازت وينصرف الى الوسط من ذلك الجنس وقدر ابو حنيفة
في العبد بالقيمة اربعون درهما وقال ابو يوسف قدر خدمه السعر رخصه ولا ينظر الى قيمة الوسط الى قيمة المكاتب
لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب وانما ينصرف الى الوسط لان الاصل
في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية والوسط فيه تنظر لجانبين و
يجبر على قبوله البتة لانه تقاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانه اصلح من حيث ان البدل يصرف بها وكمهر
في النكاح وفارقه الى بعين المسمى وانما يجوز العقد مع الجهالة لانه يسيرة ومثلها مستحمل في الكتابة لان مبناها على
المسامحة فيغتفر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه حتى لو قال كاتبتك الى الحصاد او الدياس او العطاء صح الكتابة وقد
ثبت ان ابن عمر اجاز الكتابة على النوروز وهي جيد وصيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس
لانه معاوضة فاشبه البيع في ان تسمية البدل شرط فيها كما هو شرط في البيع مع البدل المجهول او الاجل المجهول
لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتداؤها او من
حيث الانتهاء الاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك

الحجر

فك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة بما كتب على وجه
يسقط الملك فيه فاشبه النكاح في الانتهاء في ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا الكلام لا يليق في الحاقها
بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة زيادة استظهار وان لم يبين جنسه مثلا بقوله دابة
او ثوب لم يجز الكتابة لانه يشتمل اجناسا وكذلك الثوب فتفاحش الجهالة واعترض على المصريات سمى
اللفظ للاجناس منع الجواز المجاز فيما اذا كانت على عبد لان المصر ذكر في كتاب الوكالة ان العبد
يتناولها اجناسا ولهذا لم يجز التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا غالبة
كالدابة او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة في النكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا
قليلة كالعبد منعه فيما بني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال
واذا كاتب النصراني عبده واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل
في حقنا وانه اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع من تملك الخمر وتملكها في التسليم بمنزلة ما اذا كانت
معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم فلا يزال يده والمسلم غير ممنوع من فعل اليد كما اذا
غصب المسلم من الذمي خمرا ثم اسلم الذمي فانه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب واذا كان ممنوعا
من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما
حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز هاهنا وقع عن تسليم المبيع وقيمته لان قيمة المبيع لا يصلح عوضا في البيع
بحال فيفسد ويصلح الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف او عبد للخدمة واتى بالقيمة يجبر على العتق فجاز ان يبقى العقد
على القيمة لان البقاء اسهل من الابتداء وانما قيد بقوله على ما قاله البعض لان البعض المشايخ قال ينبغي ان يكون الجواب
في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في البيع واذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة
فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم يجز
الكتابة لان المسلم من اهل التزام الخمر ولو اداه الخمر عتق لما بينا فاذا قوله هذا الفصل انه اذا اداه الخمر عتق وقال زفر لا
يعتق وهذا لان عقد الكتابة يتضمن تعليق العتق باداء البدل المشروط فاذا وجد البدل وقع العتق وكما لو كاتبه
انه لو اداه الخمر لا يعتق فلان في العتق باداء الخمر روايتان والزفر على احدهما بينهما وبين المسلم اذا كاتب عبده
على خمر فاداها الى مولاه فانه يعتق ان في هذه المسئلة انقلب الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدلا لهذا العقد
لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدلا فيه فبقاؤه
صحيحا دليل على ان الخمر لم يبق بدلا قلنا يعتق في مسئلة المسلم وقع العقد فاسدا بسبب كون الخمر بدلا ولم يبق
كذلك فلا حاجة الى اخراجها من البدلية واذا بقيت بدلا عتق باداءها [illegible] ما يجوز للمكاتب [illegible]
كما ذكرنا احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز
التصرف يبتنى على العقد الصحيح قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء قد تقدم هذه المسئلة في كتاب
المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وانه اعادها تمهيدا لقوله
فان شرط ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا فانه لم يبين ذلك بيانه ثمة وجه الاستحسان ان

هذا الشرط مما لا يقتضي عقد الكتابة لان مقتضاه ما كتبه اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه
ومنافعه لحصولها بالعقد وذلك قد يكون بالجزء الارض والتقييد بمكان عيانه والشرط المخالف
لمقتضى العقد باطل فان قيل هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيوع اجاب بقوله وصح العقد يعني ان الشرط الباطل انما
يبطل الكتابة اذا امكن في جعله العقد مع ان يدخله احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا
وهذا ليس كذلك لانه لا شرط فاني بدل الكتابة ولا في مقابله فلا تفسد به الكتابة ولذا اي هذا التفصيل لان الكتابة
تشبه البيع من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالها الفسخ قبل الاداء وتشبه النكاح من حيث انها معاوضة
مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يمكن في جعله العقد عملا بشبه النكاح
وبطلان العقد اذا امكن في جعله عملا بشبه البيوع وتعلق الكتابة في جانب بنفسه اعتاق لان الاعتاق ازالة
الملك لا الحاجر والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمكاتب شيء وانما يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد
فهو داخل في الاعتاق كقوله في الكتابة وهو اعتاق وهذا الشرط يختص به فهو داخل في الاعتاق والاعتاق لا يبطل
بالشرط فالكتابة والتزوج ليس وسيلة اليه الكتابة فك الحجر وقيام الملك من دون التوصل الى المقصود
مقصود المولى من البدل وذلك بقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للاداء وذلك بفك الحجر والتزوج
ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر كما اذا اخذ المولى بذلك جاز لان الملك
فيه قائم ولا يجب لا يتقرر المكاتب الا بنوع يسير وكلامه فيه ظاهر والجاهز عند الحاجة هو الذي يتجر التجار
ولانه اريد المجهز هو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحرف الى الجاهز كما في المغرب
ولا يتقيد بما ذكر ولا بملكه بنوعيه يعني في الحال سواء كانت بامر المكفول عنه او بغير امره لان الدين يتبرع بحقه فان
كالهبة والاقراض لان الكفيل متى ادى صار مقرضا ما ادى للمكفول عنه والاقراض تبرع واما قيد بالحال لانها بعد
العتق صحيحة في حقه فكان كفالة العبد المحجور عليه فكان تبرعا بدل الكتابة مالا لازمة وقيام النقد لا ينافي
ذلك والا بقرة اجيب بانه تبرع وفيها عجز عن تسليم النقد فيحبس على ذلك وهو يتجر بالاكتساب الذي يحصل به المال
وقوله وان تزوج امة جاز ظاهر قوله ثم هو يوجب للمملوك منافع ما هو ثابت له يريد به ملك اليد هو يملكه ومن
ملك شيئا جاز ان يملكه غيره الا المهر يعني علل الاعتاق على مال فانه لا يملكه فيوجب للثاني فوقعا وجب للاول
فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على اداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تمليك
ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله فان ادى الخ يعني ان ادى المكاتب الدين بدل كتابته قبل اداء الاول عتق الثاني لتحقق شرط
عتقه وولاؤه للمولى لان الدين مكاتب للمولى بكل الاول فكان كتابة المولى للاول عند الاداء بمنزلة علة العلة
والمهر الموجب الاول كان الدين ملكا للمولى الاول ويتم اضافة الاعتاق اليه الجاهز بما لمولى زيد ومعتق زيد
جاز وان كان معتق معتقه ولهذا يدخله الاستيلاء على مواليه فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية
عليه لكونه رقيقا اضيف اليه اي المولى لكونه علة العلة كالعبد اذا اشترى شيئا فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته
للعبد لعدم الاهلية فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا مباشرة حكما لما
ان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق والولاء لا ينتقل عن المعتق مباشرة وقد تعذر مباشرة لئلا يلزم

جر الولاء

جر الولاء فان عمه مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف
الى المسبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زال الجر الى الاب
الاب وان ادى الثاني بدل الكتابة بعد عتق الاول فقد لا ولاء للاول لان المباشر من اهله بثبوت الولاء وهو الاصل
فيثبت له قال وان اعتق على عبد على مال قد تقدم ان المكاتب لا يملك مالا من الجانب اوص
من وراثها واعتاق العبد على مال وغيرها مما ذكره هنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله واما الثالث فتنقيص له
لان من اشترى عبدا ووجد فاحش وجه يتكرر ان بذلك العيب وكله ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى
قوله وان زوج امته جاز لانه اكتساب بالمال قوله وكذا الاب والوصي ظاهر وقوله ولان في تزويج الامة والكتابة
نظرا اما في تزويج الامة فلما مر آنفا واما في الكتابة فلانه بالعجز يرق رقيقا وربما كان العجز بعد اداء نجم وذلك
لا شك في كونه نظرا وقوله فاما المأذون له فظاهر وقوله وعلى هذا الخلاف المكاتب والمفاوض ذكر في بعض
الشروح ان المفاوض يجوز له ان يكاتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر
الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله مدبره او يدبره فاسد على المكاتب فان
المكاتب يجوز له ان يزوج امته فكذلك المأذون له واعتبره بالاجارة اي اعتبر التزويج بالاجارة فان المأذون
له جاز ان يؤجر عبده وامته فكذا يجوز امته وقاسه واعتبره مرادفان قيل استحسان القياس بين العنيين
اي المأذون والمكاتب والاعتبار بين العنيين الفعليين اي التزويج والاجارة لان المماثلة بين العنيين ظاهرة
اذ في كل منهما فك الحجر والحاق التصرف فكان ذكر القياس فيه اولى بخلاف الفعلين لان المماثلة بينهما ليست
الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس
ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غير ذلك فلا نم اولوية ولهما وهو الفرق بين
المأذون والمكاتب ان المأذون له يملك الاجارة وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة لانه ليس مبادلة المال
بالمال والتجارة ذلك والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب لانه لما يؤدي به الى المال وبالتزويج يصل
المولى الى المهر فكان اكتسابا وقوله اي التزويج دليل آخر وهو اعتبار التزويج بالكتابة لانها مبادلة مال
بغير مال اولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال ولهذا اي
ولان التزويج ليس من الاكتساب لا يملك هؤلاء المأذون والمكاتب والمفاوض وشريك العنان
والمكاتب كلهم تزويج العبد لانه ليس باكتساب المال

فصل واذا اشترى

لما فرغ من ذكر ما يدخل من موجبات الكتابة بطريق الاصالة ذكر هذا الفصل ما يدخل فيها
بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتبع الاصل قال واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل
في كتابته فتقديم الاب في الذكر هنا للتعظيم واما في ترتيب العتق في الدخول في كتابته فالابن مقدم
على الاب سواء كان مولودا في الكتابة او مشتريا والمولود مقدم على المشتري فان المولود يدخل تحت
جميع احكام الكتابة بطريق التبعية فانه يجوز بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على عجز الاب
والمشتري يجوز بيعه حال الحيوة ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يمكن من السعاية على عجز الاب

لينظر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية واما الاب فانه يحرم بيعه حال حيوة ابنه المكاتب ولم يقل منه
البدل بعد موته لا حالا ولا مؤجلا واما قال دخلوا الكتابة ولم يقل صار مكاتبا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا لا تبعا كتابته
بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب يبيع الاب لما ان كتابة الداخل يلحق بالتبعية لا الاصالة فان
قيل ما الفرق بين المشتري والكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المولى
لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير سقط من البدل لما نحن فيه اجيب بان المشتري يتبع من كل وجه فلا تغير به
اما البدل لتوزيعه قبل دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته
ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولاد دخلوا في كتابته لما ذكرنا
لانه لما لم يكن من اهل الاعتاق جعلها تابعة تحقيقا للصلة بقدر الامكان واذا اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل
في كتابته عندنا في حسه وقال يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة بينهما ولهذا لا يفترقان في الحرية
وحق الحرية ولا في حنسان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى
زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد لا في غير الابوين الا ترى ان الاب على كسب يجب بنفقة الولد
والولد لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه القرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة من بين
الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعلنا بالشبهين والحقناه
بالثانية اي القريبة في العتق حتى اذا ملك الاخ اخاه عتق عليه كما اذا ملك الاب والد اولاده وبالاولى اي
البعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخا لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من الحاق لانا
لو الحقناه بالولاد في الكتابة وجب علينا ان نلحقه به ايضا في العتق لانه اسرع نفوذا من الكتابة حتى
ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق ليس له ذلك وفي ذلك ابطال احد الشبهين
واعمال الشبه الاول من اعمال احدهما فافهم واذا اشترى ام ولده امرأة المكاتب الثانية اذا
ولدت فملكها المكاتب بوجه من الوجوه ملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها لما لا تفارق لان ولدها
دخل في الكتابة كما مر والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك
عندهما لانها ام ولد خلفا لابي حنيفة له ان القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف
على اداء جميع البدل فان ادى عتق وما فقد منه رد وان عجز عاد مملوكا للمولى وكل موقوف قبيل الفسخ
فكسب المكاتب قبيل الفسخ وما قبيل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لكن ما لا يقبل
اقوى من الذي يقبل والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه ثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان
معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولهما ان
يعتق كما ينفيه ابتداء بنفيه مع الولد على ما ذكرنا اقلا لا يبعد فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر
الكلام تحكم والجواب انه ليس بتحكم والمعلوم بالاستحسان بالاثر وهو قوله عليه السلام اعتقها ولدها ولا
شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يتمسك به القياس بخلاف
ما اذا كان معها الولد وان ولد للمكاتب ولد من امة دخلوا كتابته تبعا لابيه في المشتري لا يحل له وطء امته كمكاتب

ان اذن

ان ولده واذعى النسب يثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد الشريكين وطئها كمكاتبين وطئها كمكاتبين فولدت
فولدت فادعاه ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب
فالولد ولده والجارية ام ولد له ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن قيمة الولد شيئا
لان المكاتب يملك من حق الملك في كسبه يملك الدفع كالحر فيقام الملك له في نصفها ههنا يثبت نسب
الولد منه في وقت العلوق ويثبت له حق امية الولد لا حق امتناع البيع تبعا لثبوت حق الولد فيه ولان
حكمه كحكمه اي حكم الولد حكم المكاتب وكسبه اي كسب الولد لوالده لان كسب الولد كسب كسبه اذا الولد
كسبه وان كان كذلك فبدا الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك اذا
ولدت المكاتبة من زوجها دخلوا الولد في كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيهما فوكدا فصار من
الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات كالتدبير والاستيلاد والحرية
والرق يسري الى الاولاد فقوله فوكدا اشارة الى ذلك احترازا عن ولد الابنة فانه يبيعها لا يجوز بيع
ولدها يجوز لامتناع ثبوت امتناع البيع في الابنة غير فوكدا اذ الاباحة فيها لا يدوم وكذا بيع المستأجرة
والجانية فان الامة اذا اتصف بهما امتنع بيعها لا مقرونا بثبوت لكنه ليس بمؤكد فقوله الاوصاف
القارة احترازا عن مثل هذين الوصفين وقوله الشرعية احترازا عن السواد والبياض والحمرة والقصر
فانها لا يسري واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع امه فافهم ومن زوج
امته من عبده هذا ايضا بناء على ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا كان
الولد داخلا في كتابة الام وكسبه لها قوله لان بنية الام ارجح اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله
ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخلوا كتابتها وكسبه لها اي لولد الدخول يتبعها في الكسب
يتبعها حاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان بنية الام ارجح لانه جزء منها
بحيث يفرض منها بالقراض وان تزوج المكاتب بامر مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت
فاولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عندنا خلافا لمحمد والشافعي وقال محمد اولادها
احرار بالقيمة لانه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد
فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر الحال لوجود الاذن من المولى والاولاد حرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع
الصغير ان قيمة الاولاد عنده يتأخر اداؤها الى ما بعد العتق واليه اشار المص بقوله لان حق المولى
هناك مجبور بقيمة تأخذ الى آخره ثم اذا عزم القيمة يرجع عليها عنده لان الغرور حصل منها ولهما انه
مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل ان الولد ان يتبع الام في الرقية والحرية
لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الولد حرا باجماع الصحابة رضي الله عنهم وقد قررناه في التقرير وهذا
اي ولد المكاتب ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة تأخذ وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد
العتق فكان المانع عن الالحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق للمستحق بالتأخير فيبقى على الاصل والا
يلحق به واذا اشترى المكاتب امة فوطئها بغير اذن المولى وباذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما كان

باذنه بطريق الاولى ثم استخدمها رجل فعليه العقر بدخله والكتابة من غير تاجيل الاعتاق وان وطئها على وجه
الشبهة حد بدخله حتى يعتق بها اذا كان بغير اذنه وكذا لما ماذون له كذلك قتلها ان او مرتد والعزل للمكره و
الكتابة تقرير الكتابة اوجبت الشراء والشراء يسقط الحد وسقط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر
ولا كذلك النكاح وباقي المسائل ظاهر لا يحتاج الى شرح **فصل** مسائل هذا الفصل نوع آخر من مسائل
الفصل الاول فصلها بفصل واذا ولدت المكاتبة من المولى فلها ان ادعاه فهي بالخيار ان شاء مضت على الكتابة
وان شاء عجزت نفسها وصارت ام ولد له سواء صدقه اذا ادعى او كذبه لان للمولى حقيقة الملك في ر
قبتها وله حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تتخير لانه يلتقيها جميعا حرية عاجلة ببدل وتعجيل
بغير بدل فتتخير بينهما ونسب ولدها الثابت من المولى سواء جاءت به لستة اشهر او اكثر وهو حر لان المولى يملك
الاعتاق في ولدها لان الدعوة من المولى تحرير وانه يملك تحرير ولدها من غيره فقد ثبت له ملك ذلك ضمنا
للدعوة بطريق الاولى لقوله وماله من الملك دليل قوله ونسب ولدها الثابت من المولى يندفع به ما عسى ان
يتوهم ان ملك المولى في المكاتبة ناقص فلا يصح دعوته لان ملكه فيها اقوى من ملك ملك الكتابة في مكاتبته
بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت منه فلان
يثبت من المولى اولى فان اختارت الكتابة وعتقت عليها اخذ العقر من مولاها اي مهر مثلها لاختصاصها بتقرها
وعتقها على ما قدمنا يعني قبل فسخ الكتابة الفاسدة بقوله لانها صارت اختها جنايتها تسليمه الى المقتضى
بالكتابة ثم ان مات المولى يعني بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة على
ما نذكره فان قيل وجب ان لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة اجيب بان الكتابة
تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا ترى انه لو قال
لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلثا لا يحلل فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة
فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه
الشرط وان ماتت هي وتركت مالا فيه منه كما بينها وما بقي يصرف الى ابيها جريا على موجب الكتابة وان لم
يترك مالا فله سعايته على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر وهي باقية على الكتابة لم يلزم المولى شيء لسكوت
لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن محرم الوطء وهذه محرم وطئها فلا تدعى الدعوة
وما في كلامه ظاهر قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز واذا كاتب المولى ام ولده جاز
لان الكتابة ليتوسل بها الى ملك البدل الحال والحرية عند اداء البدل وحاجة ام الولد الى المستفادة
هذا العتق قبل موت المولى كحاجة غيرها فلان جاز لانه لا يخلو احدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل
والعتق الواحد لا يثبت بهما فلا تنافي لانه لا تنافي بينهما لكونه جهتي عتق تلقتاها على سبيل البدل
وعورض بان مالية ام الولد غير متقومة عند الجمهور فكيف يقابلها بدل متقوم واجيب بان ملك
المولى فيها ثابت بدا ورقة والكتابة لرفع الاولى اي الحال ولرفع الثاني في الثاني والملك يجوز ان يقابل ببدل
متقوم وان لم يكن متقوما كملك القصاص اذا عفى بعض الاولياء فانه يقابل حصة الآخرين بالمال فان مات

المولى

المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب
البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله يمكن توفير الغرض عليه فيسقط ويبطل الكتابة لامتناع
بقائها بلا فائدة بالنسبة الى البدل وثبت لها حق الاولاد والاكساب بعتق الاولاد وبحلها الاكساب
ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة واجيب
ان تحقيق كلامه ان بطلانه عقد الكتابة يتصور باعتبارين احدهما ان يبطل بعجز المكاتب
عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل بانتهائه بالفسخ وبالاول يعود رقيقا واولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده
ويحلهم ما بقي من اكسابه وحيث احتجنا هنا الى ابطال الكتابة نظرا للمكاتب ولهذا النظر في الثاني دون
الاول فرقنا اليه الاشارة في كلام المصنف لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له
والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان الكتابة جهتين جهة من المكاتب وجهة
من عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتامل فلعله سديد ولو ادت المكاتبة بالنصب ابدل الكتابة
وفي بعض النسخ لو ادت الكتابة وهي تقييد بصاف قبل المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب
مدبرته وضع المسئلة بما سبقه لما تقدم من ام الولد ووضعها في المبسوط في المدبرة وانما جاز كتابتها لحاجة
المقتضي وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو
عدم المنافاة كما تقدم فان مات المولى ولا مال له سواها تخير بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لانه
وفي جميع بدل الكتابة عند ابي حنيفة وقد اوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح وقوله فتخيرت لان
في التخيير فائدة وان اتحد الجنس لجواز ان يكون اداء الكل للثاني ايسر باعتبار الاجل واداء اقلها اعسر
لكونه حالا فكان التخيير مفيدا قوله وجب عليه احد البدلين فتخير الا انه قد اعترض عليه بان الاعتاق
لما لم يتجزء عند ما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في الثلثين قيمة لا غير
واجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فثبتت لها لذلك حرية ما بكفر بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه
قوله انه قابلنا البدل بالكل لانه اضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبتك على كذا والمحل قابل لها كالقنة فيصير
كلها مكاتبة وقد سلم لها الثلث بالتدبير فيسقط ما قابله من البدل والا لكان ما فرضناه سالما غير
سالم هذا خلف بالمال وقوله فصار كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة صورته ان يكاتب عبده اولا ثم يدبره
ثم يموت ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلو هذه المسئلة وقوله لانها
استحقت حرية الثلث ظاهرا اي مكتسبة فانها لا تخرج على احد اخلاها عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح
فان اعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن مال يخرج من ثلثه فقد استحقت
حرية لها وان لم يترك غيرها فقد استحقت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعا والظاهر
البين ان الاكساب لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فينبغي ان يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي
رقبتها فلا يسقط عنه شيء ولقائل ان يقول لو كان كذلك لما عتقت الجميع اذا ادت كل البدل قبل موت المولى
لانه في مقابلة الثلثين لا الكل واجيب بانه لا يلزم على ابي حنيفة لانه لا يقول بتجزء الاعتاق واما على قول ابي يوسف

قال ـــــ ما قدر ان كاتبا بعقد الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر ان يبقى بعض غرضه ويغرم كلا البدل لما عجزا
المقابلة الصورية قبل موت المولى فنظرا الوقوله اذ لا استحقاق عتق ابي عند عقد الكتابة فيكون البدل لا مقابلة الكل فاذا
عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حقه من بدل الكتابة وان دبر مكاتبه صح التدبير لما بينا انه تلقاها
تلقيها جهتا حرية والها الجنا ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة
ليست بلازمة من جانب المملوك لان النفقة والجناية على المكاتب لا على الكتابة واذا عجزت نفسه كان كل ذلك
على المولى فله ان يدفع عن نفسه ذلك فان مات على كتابتها فان المولى ولا مال له غيرها تجزت بين السعي في
ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وعندهما في الاقل منهما فاختلفوا هنا في الجنا بناء على ما ذكرنا من تجزي
الاعتاق واما الدين المتفق عليه ومحمد مار على اصله لا يجزي في رق والرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا ان
البدل هنا مقابل بالكل الى آخره قال ـــــ واذا عتق المولى مكاتبه واذا اعتق المولى مكاتبه عتق باعتاقه
لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على ان ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة اخرى
سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها قال ـــــ قبل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا يقبل الفسخ اقاب ـــــ قوله و
الكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والمذهب كان لتعلق حقه فاذا ارضى بالفسخ فقد
اسقط حقه كالرباعة المولى اوآجره برضاه والظاهر رضاه فرسلا الى عتقه بغير بدل فانه اذا ارضى به ببدل
قبله بدل يكون راضيا ببدل نظرا الى سلامة الاكساب له لا فقد تكون الاكساب كثيرة فتفضل بعد اداء البدل منها
له جملة ووجهه ان الاكساب سالمة له لانا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار
الظاهر كالمتحقق الواقع فيعتق باعتاقه وان كاتبه على الف درهم الجيدة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز
استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا العقد اعتياض عما ليس بمال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك
في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بالاعتراف وذلك ربوا لا
يقال هذا جعل اسقاطا لبعض الحق فيجوز لان الاسقاط انما يتحقق في الفسخ والتعجيل يكثر مستحقا ولهذا
لا يجوز تعجيله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب العجز الف الى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة وجه الاستحسان ان الاجل حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا انه فاعتبر له
حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تنفسخ الكتابة به فاعتبرنا وكان اعتبارنا هو مال من وجه
بمال هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربوا وفيه بحث لان المال ما يتمول به وهو يعتمد الاحراز
وذلك في الاجل غير متصور وكذا قوله فاعتبر له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى اما لفظا فلان اعتبر متعد الى
مفعول به بلا واسطة وقد استعمله باللام واما معنى فلانه قال الاجل في حقه حق المكاتب مال من وجه فان
اراد بقوله فاعتبر له حكم المال حكم المال من كل وجه فات الاعتدال اذ الدين مال من وجه فان اراد حكم المال
من وجه فهذا تحصيل الحاصل اقول ـــــ ان ما ذكرتم ان المال ما يتمول به ويجوز صحيح اذا كان مالا من كل
وجه وليس ما نحن فيه كذلك وانما المراد به هنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو كعين الدراهم

لتوقف

لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وغرض اعلم من اعتبر ومعناه اعتبر للاجل حكم المال
فان الشرع يجوز ان يكون جهة في شيء ولا يكون معتبرا فيثبت بانه اعتبر له تلك الجهة تصحيحا للعقد ونظرا للمكاتب
قوله ولان عقد الكتابة وجه آخر للاستحسان وتقريره ان عقد الكتابة عقد من وجه وعقد من وجه لما تقدم
ان له شبها بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يمينا والاجل ربوا من وجه ففيه شبهة الربوا وشبهة الربوا
اذا اقترنت وقعت لا شبهة العقد كانت شبهة الشبهة والاعتبار بها خلاف العقد بين الحرين لانه عقد من
كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة قال ـــــ واذا كاتب المريض عبده واذا
كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته الفا درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم يجز الورثة الاجل
كان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم ان يرفعوه دفعا لضرر تاخيرهم الى مضي الاجل عن انفسهم فان المكاتب
يؤدي ثلثي الالفين حالا وهو الف وثلثمائة وثلثة وثلثون درهما وثلث درهم والباقي وهو ستمائة وستة وثلثون
وثلثا درهم الى اجله او يترك رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لانه
ان يترك الزائد على قيمته ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه وصار ذلك كما اذا
فالح المريض امرأته على الف الى سنة جاز لانه له ان يطلقها بغير بدل ولو قال لانه له ان يترك الزيادة وثلث
الالف فله ان يؤخر بما كان احسن فائدة ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة بدليل جريان احكام الابدال من
جواز المراجعة على الالفين وجواز الحبس على المملوك والاخذ بالشفعة فانه يتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل
الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكم جميع المسمى يتعلق
به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز لهم اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى غاية بدل الخلع
فان حق الورثة لم يتعلق بالكل لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل اخذه ثم اذا باع المريض داره
بثلثمائة الف الى سنة وقيمتها الفان ثم مات ولم يجز الورثة الاجل فعندهما يخير المشتري بين اداء ثلثي جميع الثمن حالا
والثلث الى اجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لان الزيادة لما بينا من المعنى فيعتبر الدين من
الطرفين وان كاتبه على الفين الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او ترك رقيقا في قولهم جميعا
لان المحاباة في الثمن وهو اسقاط الثمن والتاخير وهو تاجيل الالف الاخرى فاعتبر الثلث وهنا ايضا تصرفه
في ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التاخير ايضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة
لانه في حق الاسقاط ولا في حق التاخير

باب ما يعتق من العبد

لما فرغ من ذكر احكام يتعلق بالاصل الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما يتعلق بالنائب فيها وقدم احكام
الاصل لان الاصل يتصرف للمرء ان يكون لنفسه قال ـــــ واذا كاتب الحر عبده بالف درهم قال
في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عبده بالف درهم فان ادى عتق وان ابق العبد قبل فهو مكاتب واختلف
شارحوه في تقويمه فقال بعضهم معناه يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان ادى
اليك الف فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداء كاتبه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا فمعنى ان هذا
العقد ما فيه عتق ما للعبد من حرية البيع ونفوذ عتقه باداء هذا القدر وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم

البدل لانه عقد حر بيع فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا اجاز كان ذلك اجازة منه فيصير
مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وكل العبد بذلك نفذ عتقه عليه فكذا اذا اجاز بعد
العقد وقال بعضهم هو ان يقول كاتبت عبدك على الف درهم ولم يقل على ان ادى ذلك فهو حر فاذا ادى عتق
استحسانا وفي القياس لا يعتق لانه لا شرط حتى يعتق بوجوده الشرط والعقد موقوف لما قلنا وجه الاستحسان
انه لا ضرر للعبد الغائب لتعليق العتق اذ لا يتوقف العتق على اداء القاتل فيقع العتق لاجل هذا الحكم ويتوقف لزوم
الالف العبد فيما اذا فرق بين هذه وبين البيع فان بيع الفضولي يتوقف على اجازة المجيز فيما له وفيما عليه وهنا
لا يتوقف فيما له والجواب ان ما لهما استاله وهو لا يتوقف على القبول وما عليه الزام وهو يتوقف
عليه ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يامره بالاداء ولا هو مضطر لاداءه وهذا لان
جزء ما ادى الى المولى فيه تفويت طائع النيابة تطوع عليه قال ــــــ واذا كاتب العبد عبده
عبدا آخر للمولاه اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب فعبده جاز في
استحسانا والقياس ان يقع على نفسه لولايته عليها ويتوقف حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبد
وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه
اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه متردد حتى لا تصح اذا كاتب فلا اولادها في كتابتها تبعا حتى
عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستثنى لان الاولاد تابعة لها من كل
وجه حتى ان المولى لو اعتق الام ولم يسقط من البدل شيء ويعتق الاولاد اذا اعتق المولى الام بخلاف العبد
الغائب فانه مضموم بالكتابة من وجه حيث اضيف العقد اليهما مضموما حتى ان المولى اذا اعتق الحاضر نفذ
عتقه وبطلت الكتابة فلا يعتق العبد الغائب واذا اعتق الغائب سقطت حصته من المكاتبة ويجب على الحاضر
حصته لا غير فلا يلزم من تفويته ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله تفويت ما هو مقصود من وجه بلا توقف
فالجواب ان ما ذكرت يجوز ان يكون وجها للقياس واما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد
بالتبعية لا البعض من غير نظر الى ان يكون فيه جهة اصالة او لا تعميما للعقد ونظرا للكاتب ولا اختلال على المسامحة
واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله اي المولى ان ياخذ العبد الحاضر بكل البدل لكونه البدل عليه
لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في جزء التبعية لا
معتبر بجهة الاصالة في انعقاد العقد عليه قوله وان ادى عتقا تكرار لانه قال اولا في المسئلة فان ادى ثانيا هذه
او الغائب عتقا لكنه اعاده تمهيدا للعذر ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلكون البدل عليه واما الغائب في
القياس فيه ان لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة لانه يزال رق الحرية
وصار كمعير الرهن اذا ادى المرتهن لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجة الى استخلاص عينه وان لم يكن
الدين عليه وانما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر فرد دينا عليه وهنا لا يرجع والغائب متبرع به غير مضطر
اليه وهنا ايضا لا يرجع فان قيل الغائب ههنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير
بما ادى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب انه كمعير لا جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار فان الا

ضطرار

الاضطرار انما هو اذا كان له شيء حاصل وهو هنا ليس كذلك بل انما هو بمعرضة ان يحصل له الحرية وهذا
كما يقال عدم الشيء لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وانما فاته لزوم البقاء فكان مضطرا اجيب
بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا قبله يثبت به وليس للمولى ان ياخذ الغائب بشيء لما بينا انه فيه متبرع
فان قيل العبد الغائب اولم يقل فليس ذلك منه شيء والكتابة لازمة للشاهد وان رده الغائب الا ترى
وقوله في ذلك لازم الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله للمولى ان ياخذ بشيء من بدل
الكتابة كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هنا واذا قبلت الامة
الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز وانما وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة
سواء فانه لو وضعها في العبد لربما يوهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولاية
بينهما اذ الام الحرة لا ولاية لها كما كفيف بالامة وابنهما اذا لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون
لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وذلك ان الام ان ادت فقد ادت
دينا على نفسها وكل من الولدين ان ادى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا ادى احدهما
ينبغي ان لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان احدهما اذا ادى كان اداؤه كا
داء الام لانه تبع لها من كل وجه ولو ادت الام عتقوا فكذا اذا ادى احدهما قبلها وهذا في بدء وضع المسئلة في
صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله وهو اولى بذلك من الاجنبي يريد ان هذا العقد على هذا الوجه
يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي اولى واقول لعله اشار
الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي
وازيد انه الحق والله اعلم

كتابة عبد المشترك

ذكر كتابة الاشبى بعد كتابة الواحد لان الواحد قبل الاشبى قال ــــــ واذا كان العبد بين شريكين
اذا اذن احد الشريكين لصاحبه ان يكاتب نصيبه نفسه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف
ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة
تتجزى عنده خلافا لهما لان الاعتاق لما تجزى من وجه فيتجزى في نصيبه عنده والاذن لا يتبعض لاشتراك
الكتابة وانما يكون مقيدا بنفاذ ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بان الكتابة اما ان
يعتبر فيها معنى المعاوضة او معنى الاعتاق او معنى تعليق العتق باداء المال ولم يوجد شيء من ذلك من
احد الشريكين بغير اذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن اين له ولاية ذلك واجيب بان الكتابة ليست
عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي مشتملة عليها فيجوز ان يكون لها حكم يختص به وهو ولاية الفسخ
لمعنى يوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة وتضرر الانسان في خالص حقه
انما يستوفي اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهو الكتابة تقبل الفسخ ولهذا تفسخ بتراضيهما فتحقق المقتضي وانتفى
المانع واما المعاني المذكورة فالمعاوضة ان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يبطل
على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ اما الاعتاق فظاهر و

وانما التعليق فلانه يجيء قوله واذنه له بقبض البدل بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك لانه اذن له
بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء من الكسب اليه فيصير الاذن مبرعا بنصيبه من الكسب عليه اي على المكاتب
فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز ان يكون حجرا عليه للعبد اي يكون الاذن مبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك
فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن
يتبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او انفسخ فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من
التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري اجيب بان المبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصوده الاذن قضاء
دينه من ماله وبعد العجز صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا على ان البايع فات ذمته
محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده وقولنا ان الاذن بكتابة نصيبه
اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيلا النصف وكيلا النصف وهو ابدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما
فيبقى كذلك بعد العجز كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الكسب وقال المصنف الى قولهما حيث آخر قال
واذا كانت جارية رجلين كاتباها واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه
اي صحت دعوته ويثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه اي صحت دعوته ايضا ويثبت نسبه ثم عجزت
فهي ام ولدهما كلهما للاول بطريق التبين لانه لما ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار
نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد في المكاتبة تنجز عندنا في حقه لانه لا وجه لتعليق الاستيلاد الا التنجيز
نصيب صاحبه وللمكاتبة لانتقال من ملك الى ملك فتنتقل امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة
فان الاستيلاد فيها يتنجز بالاتفاق والجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك
ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة تدخل في حرية عاجلة بجهة الكتابة ولا يدخل في حرية آجلة بجهة الاستيلاد وانما
لم يتجزأ منفعة لا يفسخ الا بفسخ المكاتبة واذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا وانما
قيد بقوله ظاهرا لان الظاهر ان يقضي على كتابتها فكان ملكه باقيا نظرا الى الظاهر ثم اذا عجزت وجد ذلك جعلت
الكتابة كان لم تكن ويتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال وهو الكتابة سابق ويضمن نصف
قيمتها لانه تملك نصيبه كما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كل عقرها فيكمل النصف
بالنصف قصاصا ويبقى للاول على ان نصف العقر وقيمة الولد ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه
بالقيمة وانه بمنزلة المغرور لانه حبلى وظنها كان ملكه قاعا ظاهرا لما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه
حرا بالقيمة على ما عرف واما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كل العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا
ينبغي ان لا يضمن الا قيمة الولد للاول عند ابي حنيفة لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لا
بنها اجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء وقيد عند ابي حنيفة في تقدم
ام الولد روايتان فيكون الولد متفقا على احدهما فان حرا بالقيمة وانما وقع العقر المكاتبة يعني قبل العجز فان
لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه
وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول وهي مكاتبة له فتنفسخ باداء البدل الى الاول

ويجوز

ولا يجوز وهو الآخر لانه لما ادعى الولد الاول صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها
بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما يثبت به وهذا لا
يكمل الا بالفسخ بالاجماع وقد امكن هنا بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فيفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا يتقرر به
المكاتبة وهو امومية الولد لانه لا مزية لها فيما يقبل الفسخ حيث لم يبق محلا للابتداء بالبيع والهبة وتبقى
الكتابة فيما وراءه اي فيما وراء ما لا يتقرر وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها فرقا بخلاف التدبير
جوابه عن قياس الى حصة المشتركة وفيه على المدبرة المشتركة ووجهه ان قد قلنا ان امومية الولد يستكمل
ما امكن ولا امكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فاذا استولد الشريك الآخر بعد الاستيلاد الاول المدبرة
المشتركة بينهما صح استيلاده وقوله بخلاف بيع المكاتب قيل هو جواب عما يقال لعله فسخ الكتابة في ضمن صحة
البيع فيما اذا باع المكاتب كما فسخوها في ضمن صحة الاستيلاد ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة
اذ المشتري لا يرضى بيعانه مكاتبا ولو ابطلناها تقرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتقرر به المكاتب لا يجتمع
ويجوز ان يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراء ما لا يتقرر به فان المكاتب يتقرر به
فتبقى الكتابة لما كانت قوله واذا صارت كلها ام ولد متصل بقوله صارت كلها ام ولد وقوله لانه لما ادعى
الاول صارت كلها ام ولد له واذا صارت كلها ام ولد فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه
ولا يكون حرا عليه بالقيمة عند ابي حنيفة لا يجب عليه الحد للشبهة وهو شبهة انها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره ابو حنيفة
وانما يبقى مكاتبة بينهما فيما يتقرر به بالاجماع على ما ذكرناه فلا حد على وطئ مكاتبته ويلزم جميع العقر
لان الولد لا يعرف عن احدى الجاريتين وقوله واذا بقيت الكتابة متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه
تقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبة له اي للاول قبل موت جزاء اذا بقيت يجب
عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا يتقرر به المكاتبة ولا يتقرر بسقوط نصف البدل وهو
نصيب شريكه الخ وهو قول ابي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك حتى ورث تكميلا للاستيلاد
والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله وفي ابقائه يجوز ان يكون جوابا عما
يقال الكتابة تنفسخ فيما لا يتقرر به المكاتب وهو لا يتقرر بسقوط نصف البدل فيجب ان تنفسخ ووجهه
ان في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف البدل نظرا للمولى وان كانت لا يتضرر المكاتب بسقوطه فرجحنا جانب
المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ والمكاتبة هي التي تعلم العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت
وردت الى الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا في تعليله الى حصة قال ويضمن الاول
لشريكه لا قياس قال في المنتقى اذا كاتب الرجل عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق
لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي حنيفة موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار
وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف
الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللشريك بينهما تجب اقلهما لانه متيقن قال
صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصة نصف درهم وقد ملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان

يجب عليه نصف القيمة اعتبر خمسمائة واذا كانت قيمتها الف درم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا
نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قلنا في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما
فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي حنيفة يغرم الاقل لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى قياس قول محمد يغرم الاقل من نصف
قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه واذا كان الثاني لم يجاء هاهنا لكن دبرها ثم عجزت
يبطل التدبير لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر لان المستند لملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز
تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه ابتدأ التدبير مصادفا ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح
بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطء منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهو ام ولد للاول لانه
تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا يعني في تعليل قول ابي حنيفة ومن قوله وبينا ان الجارية كلها ام ولد
للاول لانه زال المانع من الانتقال ويغرم لشريكه نصف عقرها لانه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك
نصفها بالاستيلاد وهو يملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة
وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وههنا ما بقيت لانه تعذر لها الاول ملك نصف شريكه ولم
يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره ووجه ما بينا ان لو تعليل القولين اما الخرقي اصله فقد ذكرنا آنفا من
قوله وبينا ان الجارية الى آخره واما الخرقي فوجه قوله لانه لما ادعى الاولاد صار كلها ام ولد الى آخره وان كانا كاتباها
ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن للعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع
عليها لانها لما عجزت وقالت في الرق صار كانها لم تزل قنة والجواب فيه ان لا اعتاق احد الشريكين العتق على
هذا الخلاف في الرجوع وان عند ابي حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق والمعتق يرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة
وفي الخيارات عند ابي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد
وان شاء ضمن شريكه نصف قيمته وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرها يعني
الولاء وتدبير الاستسعاء فان عند ابي حنيفة ان اعتق الساكت او المستسعى فالولاء بينهما وان ضمن المعتق
فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا واما تدبير الاستسعاء فانهما لا يريان الاستسعاء مع
اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا يغرم نصيب الساكت وان كان معسرا يسعى العبد لنصيب الساكت وابي حنيفة
يراه وهو مسئلة تجزي الاعتاق لا تقرر في العتاق هذا اذا عجز فاما قبل العجز فليس له ان يغرم المعتق عند ابي حنيفة
خلافا لهما وهو واضح وبناء ايضا على تجزي الاعتاق وذلك لان الاعتاق لما تجزى عنده لم يظهر انسداد نصيب
الساكت ما لم يعجز فان اثره عندهما يجعل نصيب الساكت كالمكاتب وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما يجب
ذلك لاولاء الفتة فيوجب الضمان وعندهما ما لم يتحقق العتق لم يغرم قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى
العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين
وتبرع احدهما اذا كان العبد المدبر وبين استسعاء العبد اعتاقه وان كانت المسئلة بالعكس فذلك
وهو ان اعتقه احدهما ثم دبر الآخر يغرم المعتق ولكن يستسعى او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقع على نصيبه لكنه يتدبر به نصيب الآخر لسبق التدبير عليه فان يغرم قيمة نصيبه

فالاولى تخيير شريكه بين تضمينه نصف قيمته

وله الاعتاق والاستسعاء فاذا اعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه
لانه يتجزى عنده ولكن يتدبر به نصيب شريكه لسبق باب الاستخدام عليه فان ضمن نصيبه والاعتاق والسعاية
ايضا لما هو مذهبه فان ضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته قيل قيمته تعرف له
بتقويم المعتق مدبرا وقيل قيمته ثلثا قيمته قنا لان المانع انتفاع ثلثه البيع وما يشبهه لا كونه خروجا عن الملك
كالهبة والصدقة والارث والوصية والاستخدام وامثاله لا كونه انتفاعا بالمنافع كالاجارة والعارية والرهن
والاعتاق وتدبيره كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال والكتابة من ذلك النوع الاول فيستعمل
الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يفيد الانتقال من ملك الى ملك اذا استملك نصيب مدبر او آبق فانه
يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان جلولة لا ضمان تملك وان اعتقه اولا يعني المسئلة الثانية كان للآخر الخيارات
الثلث عنده خيار التضمين والاعتاق والسعاية لان للعتق اثرا على نصيبه وافسد نصيب شريكه كما مر فاذا دبر
لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير صار مختارا للمعتق عن الضمان لمعنى وهو ان نصيبه كان قنا عند
اعتاق المعتق فكان نصيبه اياه متعلقا بشرط تملك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول
فهناك نصيبه كان مدبرا عند ذلك فلا يكون التضمين شرطا لتملك العين منه والحاصل ان الضمان
يتعلق بالتملك اذا كان المحل وقت الاعتاق قابلا للتملك اما اذا اعتق اولا وغصب القن فمات او ابق
واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق اما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بعجز الجلولة بين المالك
والمملوك لا بالتملك فاذا اعترض ضمان الجلولة على ما تعلق بالتملك سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوتا
الشرط بتقديم تدبيره لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال
ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الآخر بالحلف لانه لا يتجزى عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير ويغرم
نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويغرم نصف قيمته قنا لان
تدبيره صادف ملكه وان اعتقه احدهما فتدبيره الآخر بالحلف لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله وكلام ظاهر

باب صوت المكاتب وتجزيه وصوت المولى

تأخر باب احكام هذه الاشياء ظاهر التسبب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال واذا عجز المكاتب
عن نجم النجم هو الطائفة من الشيء المنجم يسمى بما يؤدى فيه من النظيرة واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله
فان كان له دين يقتضيه او مال غائب يقدم لم يعجل بتعجيزه واشتغل عليه اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلثة على
المدة التي هي لاجل الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحاكم عليه فادعى الدفع قال لخصمه
حاضر فانه يؤخر يوما ويومين او ثلثة لا يزاد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التقييد دون التأخير
والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في المرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك
قدر صاحب الشرع مدة الخيار بثلثة ايام والديون بالجر عطف على ما مر بعضه اذا ثبت على رجل مال لانسان
المدعى عليه امهل يوما او ثلثة ايام فانه يمهل ولا يزاد عليه فان لم يكن له وجه والطلب للمولى يعجزه ويفسخ
الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه يومان لقول علي رضي الله عنه

اذا اتى الى المكاتب بجان رد في الرق على نفسه بهذا الشرط فله ان يوجد دونه ولا يمكن ان يقال هذا استدلال
عقوبة الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجوب فقط والجواب ما اشار اليه فخر الاسلام انه معلق
بشرطين والمعلق يشرطين لا ينزل عندنا حدهما لقوله ان دخلت هذين الدارين فانت طالق ولان عقد
الكتابة عقد ارفاق فاجيز على المسامحة حتى كان اهسنه مؤجلة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا ارفاق في الطلب
عنده فلا بد من امهال مدة ارفاقا واولى المدد لذلك ما اتفق عليه العاقدان فاذا مضى النجم الاول ولم يؤد المال
الآن تحقق العجز عن اداء بها فيفسخ لوجود مدة التاجيل الذي اتفق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو
العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز وهذا يمكن العجز سببا للفسخ لان
مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه والضمير في يفسخ يجوز ان
يكون للمولى فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وان يكون للقاضي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا
بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن اداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل
يستبد المولى به او يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان بخلاف اليوم الثاني والثالث لانه لا يتهيأ للمكاتب
الاداء فلم يكن تاخيرا قوله والآثار متعارضة جوابه عن استدلال الشافعي رضي الله عنه ببيان ذلك انه روي
عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقطت الاحتجاج بها لان الآثار اذا تعارضت
وجهلنا التاريخ تساقطت ويصار الى ما بعدها من الحجة فبقي ما قلناه من الدليل بقوله ان سبب الفسخ قد تحقق الى آخره
سالما عن المعارض لان دليلنا يكون خطابه لا يعارض للمعقول فيثبت الفسخ به قال فان اخر نجم
عند غير السلطان المراد بالاخلال ههنا ترك اداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه
في اداء بها فاذا اخر بهذا المعنى نجم عند غير السلطان اي القاضي فعجز فرده مولاه برضاه فان جانبنا لان
الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر بينا لعذر اولى وان لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد
لازم من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده تام ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك فسخه يحتاج
الى الرضا او القضاء كالبيع بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان في رواية اخرى ان الفسخ يجري بلا قضاء
ووجهها ان هذا عيب مكتسب احد العوضين فيرتفع العقد لان تمام الكتابة بالاداء لان تمام العقد
يوقع الفراغ عن استيفاء احد العوضين فيثبت بهذا الوجه عائدا في جانب المشتري حيا قبل القبض وهناك
ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
وما كان في يده من الاكتساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبد وكسب العبد لمولاه وان كان ظهر
كسبه كان موقوفا عليه او على مولاه لانه ان ادى بدل الكتابة فهو له والا فلمولاه وقد زال التوقف
فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى منه ما عليه من ماله وحكم بعتق آخر جزء من اجزاء حيوته
وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول عمر وابن مسعود
به اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويعود عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن
ثابت رضي الله عنه واحمد لذلك بالمعنى بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه بالحرية المقصود منها كذلك

وذلك

وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد الممات مقصورا او قبله او بعده مستندا الى حال
حيوته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل والا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه
فلزم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان العتق يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشرط يثبت بعد
وان انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة
الى ابقاء العقد لاجل الحق وعليك بالتحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج اليه الفقيه من بيان اصل
منصوص عليه وفرع موقع فيه ولا نفرغ وبيان ان هذا النص والحكم معلول وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره
وبيان صلاحه علما منه للعلل المنقولة عن رسول الله عم في السلف وعدالته بظهور الفرع في جنس الحكم المعلل
به وغير ذلك من شروط القياس وان تعذر ذلك فارجع الى الاصول الجدلية بادعاء اضافة الحكم الى المشترك
وسد طريق ما يرد من نقوض وادعاء الاضافة الى المختصر هذا الموضع وامثاله فان يسر الله عليك ذلك
بفيض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز المعظم قدره والا فاياك والعدول عن معرفة
الحقيقة فتكون من الجهال الذين ظهر عندهم ذوي التحصيل عذرهم فالحق بالاخسرين اعمالا الذين ضل سعيهم
في الحيوة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا قوله بل ولا يجوز ان يكون جوابا عما قاله لبيد معنى المكاتب
كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد
بعد موت العاقد هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضي والمانع اما
المقتضي فلقوة حقه الذي من الموالي حتى لزم العقد في جانبه واما المانع فلقلة المؤن التي للمالكية عند المملوكية فان
المملوكية ضعيف والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية حزب قوة والموت ينافيها فينزل
حيا تقديرا كما انزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز
والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث او تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت
فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط اجاب المص بقوله وكون اداء خلفا كاداته فلا يلزم ذلك ولا
يتوهم ان العتق يتقدم على الاداء قبل العتق ولم يعترض بان المكاتب ليس بمعتق عليه لما تقدم ان المعتق
عليه موسلا ما كاتبه اليه قال بل يقدر الاداء وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة الولد
المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على جزمه ان مات مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فلان كسبه كسب
فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء واما الولد المشتري فلمولاه الكتابة عندهما وقال ابو حنيفة قبله اما
ان تقوى الكتابة حالة او نرد رقيقا هما اعتبراه بالمولود بجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه
كالمولود فيما يخلف في الاكتساب فان المولى لا يفرق له في اكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وابو حنيفة
فرق بين الفصلين على ما ذكره الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما
اشتراه دخل في كتابته فلما ادى بدل الكتابة عتق المكاتب واخرج من اجزاء حيوته طريق الاستناد
والحكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه ايضا في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون ذلك
تقديرا حرا عن حر وكذلك ان كاتب الاب والابن كتابة واحدة ومات الاب وترك وفاء ورثه ابنه

لان الولد اما ان يكون صغيرا او كبيرا فان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعله كمتحمل واحد
لاتحاد عقد الكتابة وهنا فالحكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة يعني آخر جزء من اجزاء حيوته على ما مر من
السنة والحرية بالسنة سبب الاداء الى ما قبل الموت قال ـــــ وان مات المكاتب وله ولد من حرة ذكر
هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما وصورتها مكاتب مات وله ولد حر من امراة حرة وترك دينا
على الناس وفي يده مكاتبه فالكتابة باقية والولاء للولد لمولى الام اما بقاء الكتابة فلما بينا ان
الدين باعتبار بقاء له مال وكذا لا يحكم بعتقه حتى يؤدي البدل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يبق العقد
بالالحاق بالام لامكان الوفاء بالحال واما ان الولاء لمولى الام فلانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء
لاجانب ابيه فان جنى هذا الولد جناية وفداه ابوه وجب الجناية على عاقلة الام ولم يكن ذلك قضاء بعجز
المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يؤثر حكم الكتابة فلو قلنا الكتابة تستلزم الحاق الولد بمولى الام لوجب
العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاءه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت
من قبل الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه
عاد النسب اليه فكذلك الولاء فلان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يؤثر ملزومه واما ان كل
ما يؤثر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض قوله وان اختصم موالي الام الى آخره هو المسئلة الثانية
وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام فقال موالي الام دبقا والولاء لنا وقال
موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضى بولاية لموالي الام فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة لان هذا الاختلاف
اختلاف في الولاء مقصودا وهو واضح وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فان اذا فسخت مات عبدا
لمستحق الولاء على موالي الام واذا بقيت وانتقضت بالاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا اي
بقاء الكتابة وانتقاضها فعل مجتهد فيه كما مر فيتنفذ ما يلاقيه من القضاء واذا كان القضاء بالولاء لهم
تاقنا لفسخ الكتابة لانتقضاء بقاء لازمها وهو اعتمال اجر الولاء لما تقدم في المسئلة الاولى ان ذلك
جزء اللازم والشيء ينتفي بانتفاء جزئه فيكون فسخ الكتابة مبنيا على تنفيذ القضاء ولزوم وذلك لصيانة
القضاء عن البطلان وفي صيانته بطلانه ما يجب حمايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب ليأخذ البطلان
ارجح واجيب بان صيانة القضاء اولى لانه اذا لاقى فعله مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو
مجمع عليه اولى من صيانة كتابة اختلف الصحابة رضي الله عنهم في بقائها قال ـــــ وما ادى المكاتب
من الصدقات الى مولاه اذا كان المكاتب اخذ الزكوات شيئا وعجز فان عجز بعد ما دفعه الى المولى او
قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يملكه صدقة والمولى
يملكه عوضا عن العتق وتبدل السبب كتبدل العين اصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما اهدت
اليه وعلى [illegible] صلى الله عليه وسلم حيث قال هو لها صدقة ولنا هدية وهذا يخلاف ما اذا اباح الفقير ما
اخذ من الزكوة لغني او هاشمي فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل سبب
الملك وفي المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغريمه لا يطيب له ولا يملكه طاب له وان كان الربح فكذلك

الجواب

الجواب على الصحيح وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى اكسابه
ملكا مبتدأ ولهذا اوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا آجر امة نفسه ثم عجز وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز
يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في اكسابه بالعجز بناء كذلك الحق ويجبر المكاتب على رد ما اخذ
ولهذا اذا آجر المكاتب امة نفسه ثم عجز لا يجب فسخ الاجارة لان الخبث ليس لانفس الصدقة والا لما دفعها اصلا
وانما الخبث لاخذ الاخذ كذا اذ لا ابه وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد
من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة فانه
يطيب لهما وعلى هذا اذا اغتنى المكاتب كالمستغني يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيد على الصحيح لان بعض المشايخ
قالوا على قول ابي يوسف لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ بل كان له نوع ملك في اكسابه
وبالعجز بناء كذلك كما ذكر فلا فرق وهنا سؤال مشكل وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فاذا عجز تبدل الملك
واجيب بان الملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف
لا ملكه وليس للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف لا ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا بتبدل الملك للمولى فينظر
لان لاشك ان ذلك تبدل والذي كان فله شبه ان شبه بمنزلة تبدل العين والعدل الاولى ان يقال لم يكن له ملك
يد قبل العجز وحصل به فكان تبدل قال ـــــ واذا جنى العبد فكاتبه مولاه اذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم
بالجناية لم يجعل مختارا للفداء ويجب عليه فيه اما الاقل فلعدم علمه بالجناية واما الثاني فلان الدفع قد تعذر بفعله وهو
الكتابة لان لولاه وهو لا يعلم بالجناية فان عجز خير المولى بين الدفع والفداء لان هذا احد هذين الامرين موجب
جناية العبد لان الاصل والموجب الاصلي لا يبرئ الا بما يقوم فان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا ينجبر الا بامر حر وربه
والمانع عنه حال الكتابة قائم اما عن الفداء فلما مر من عدم العلم واما عن الدفع فلتعذره بالكتابة فاذا عجز فقد زال
عاد الحكم الاصلي ولذلك اي ولكان من هذا الحكم الاصلي اذا جنى المكاتب ولم يعلم به اي بموجب الجناية حتى عجز لما بينا من
زوال المانع وان قضى اي بموجب الجناية عليه اي على المكاتب لا كتابة ثم عجز فدفعها فقضى من موجبها حين في ذمته يباع فيه
اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطاء فانه يسعى لا الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة
وهو احق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية الا ترى
ان في الجناية المدبر وام الولد يجب على المولى الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية لانه احق بكسبها هكذا ذكره الكرخي وغيره
واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة فلم يزل المانع
فاذا زال لم يعد الحكم الاصلي صيانة للقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع اليه ابو يوسف وكان يقول
اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا ان بعض المولى عنه وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت
الجناية فالجناية عندها وقعت موجبة للقيمة لا في جناية المدبر وام الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله
انعقدت موجبة للقيمة يشير الى ان الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية وهو معنى ما ذكرنا من
رواية الكرخي والبسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه الى ان الاقل من ارش الجناية ولكن القول بالموجب
وهو ان سلمنا ان المانع من الدفع قائم ولكن الكلام في انه قابل للزوال او لا والاستدلال لا يتم الا لامكان انفساخ

الكتابة وعدم ثبوت الانتقال الى الحال فيتوقف على القضاء او الرضاء فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال الى الحال مشكل فيه لان
مذهب زفر ان جناية المكاتب تعتبر حالا في الحال من غير توقف على القضاء او الرضاء فما وجه اخذه في الدليل قلنا لا نسلم
التوقف لان زوال المانع يقع الانتقال لا محالة عن الموجب الاصلي فصار كعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف الفسخ
على القضاء لتردده واختار عدمه غلاء في التدبير والاستيلاد لانه لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب الابتداء
هو القيمة قال ــــــ واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة الكتابة عقد المكاتب لانها سبب حريته وحريته
حق فهي سبب حق والسبب حق المرء حقه لاقتضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنفسخ كيلا يؤدي موته الى بطلان
حق غيره ويقال له اذا المال الى ورثة المولى على نجومه ارضوا لانا اسقطنا الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك
فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صحيحا صح تقرره بتاجيل الكل استقالة بخلاف ما اذا كان مريضا
وهب فان المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا لانه لما كان مريضا لم يصح تقرره بتاجيل غير الثلث فاستقال قوله
الا ان الورثة يخلفونه استثناء من قوله ولا ينفسخ قبل الاداء جوابه عما يقال كيف لا ينفسخ سبب الحرية وقد كان له حق
استيفاء البدل فصار للورثة وهو تغيير فنقول قيامه مقام الاستيفاء لا يستلزم تغيرا في حقه الكتابة لانها باقية كما كانت
فكما ان سائر الديون يخلفونه فيه ولا يستلزم ذلك تغيرا كذلك هذه الكتابة فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه
لانه لم يملكه اذ المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما لم يملكه ابن آدم وان اعتقوه جميعا
عتق استحسانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك وجه الاستحسان ان بجبر اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم
يملكون بجريان الارث فيه وان ابرئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق حتى اذا ابرأ مولاه فان يتراضيا جعلا اعتاق احد
الورثة ابراء عن نصيبه قلنا لا يصح لان يجعل ابراء انتفاء فيصح العتق والعتق لا يثبت للمكاتب بابراء بعض البدل
او اداء لانا بعض الاداء كالاداء لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو ابرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق
شيء منه ولذا لم يمكن اثبات المقتضى لا يثبت المنتفي فكان وجه الابراء البعض وكذلك الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

اول كتاب الولاء عقيب المكاتب لانه من اثار زوال
ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم الكتاب الى المدفوع فوجب تاخير كتاب الولاء
عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول
الشيء بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل قال ــــــ الولاء نوعان نوع
الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول ولاء العتاقة وسمي ولاء نعمة اقتداء بقوله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه
وانعمت اي بالاعتاق فهو زيد وسببه العتق على ملك الصحيح وقول الصحيح احترازا عن قول اكثر اصحابنا ان
سببه الاعتاق استدلالا بقوله صلعم الولاء لمن اعتق وان كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة
كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه والثاني ولاء موالاة وسببه العقد على ما نذكره قوله ولهذا
بدل ولاء العتاقة وولاء الموالاة بيان لسبب النوعين فان كلمة من يضاف الى شيء والاضافة تدل على السببية
لعرف الاصول وقوله والمعنى فيه التناصر بيان موجبهما الذي وقد كانت العرب تتناصر كليهما بيان وجه
التناصر فيهما فان العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمحالفة وقد قرر النبي عم تناصرهم بالولاء بقوله فقال ان

مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهما نوعان يكون من الموالاة بالحلف فان
واذا اعتق المولى مملوكه اذا اعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله عم الولاء لمن اعتق ووجه الا
ستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على
هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق قلنا الجواب ان الاصل في الاشتقاق
هو المصدر اللغوي وهو العتق قوله ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثرين الثابتين
به وهو العقل والميراث وتقرير المولى ينصر مولاه بسبب العتق ومن ينصر يتحمل عقله لان الغنم
بالغرم فحيث يغنم ينصره يغرم عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك كما الا يرى
انه لا يثبت له حقه كثير من الاحكام التي تتعلق بالاحياء نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى
العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام له حقيقة فكان احياء معنى ومن احيى غيره معنى ورثه كما
لو لم يعتبر الولاء كالولاد والولاء يوجب الارث فكذلك الولاء لانه يثبت انه جعله قرينه لان الغنم بالغرم
فقوله لان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا اخره فقوله وكذلك المراد حقيقة يعني ان ولاء معتقها
كما لما روينا من قوله عم الولاء لمن اعتق وقوله ومات معتقا لابنة حمزة رضي الله عنها معطوف على قوله
لما روينا معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة روي ان بنت حمزة اعتقت غلاما لها ثم مات
المعتق وترك ابنته فجعل النبي عم المال بينهما نصفين وجعله لها بثبوت الولاء الاعتاق بحال وبغيره
والعتق بقرابة او كتابة عند الاداء او تدبير او استيلاد بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او
بجهة الواجب كالكفارة اليمين وما اشبهها الاطلاق ما ذكرناه يعني قوله عم الولاء لمن اعتق وما ذكر
من المعنى المعتق فان شرط ان يكون حرا فلا ولاء بينه وبين معتقه لانه بالحرية والولاء
لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال ــــــ واذا ادى المكاتب كلامه ظاهر لا يحتاج
الى شرحه وكذلك مسئلة جر الولاء وتميز مواضع الجر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع على الولد منفردا
لا ينتقل ولاؤه ابدا وان وقع تبعا لامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل
امة وولدها معتقا وولاؤهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام
كان مملوكا لمالك الام والعتق يتناوله منفردا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل او اعتقت وولدت
بعد العتق لاقل من ستة اشهر او ولدت احدى التوأمين لاقل من ستة اشهر يوم ثم اعتق الاب رجلا آخر
وكذلك لا ينتقل الولاء الى مولى الاب لان المولود قصدا عتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد الى جميع
اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة اشهر حصل
اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوأمين لانهما يتعلقان معا فان قبل الحبلى اذا ولدت رجلا
والتزوجها الى غيره كان ولاء الولد لمولى الاب في الوزن اجيب بان الجنين غير قابل لهذا الولاء منفردا
لان قيامه بالايجاب والقبول وهو يستدعي محلا له واذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة اشهر فولاؤه لمولى الام
لانها لما ولدت كذلك لم يتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق حتى يعتق منفردا فيعتق بعتق الام لاتصاله بها بعد

لا يجر ولاء ابنه

او اعتقاه

عتقها فينتقل الولاء فان اعتق الاب جر ولاء ابيه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب
الحديث ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت ضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار
اهلا عاد اليه كما ان ولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه
ونوقض قوله فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بما اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة طلاق فمات
عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى
لموالي الام ثم ينتقل عنهم وان اعتق العبد والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم تثبت بعتق المعتق للاب
اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت وعلى ظاهر الرواية بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق
الرجعي لما انه يصير راجعا بالشك لانها اذا جاءت بولد لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا
حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب احتمال لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما
بعد ذلك لعدم الحالة الناكحة فكان الولد موجودا عند الاعتاق فتعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل
ولاؤه كما تقدم وينبغي من هذا انها اذا جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود
الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن
متى جاءت واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب لتيقننا بمراجعته واكد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل بين
الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح فان ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب تزوج مسلم
من العجم لم يعتقه احد معتقة العرب فولاء اولادها لموالي امها عند ابي حنيفة ومحمد ولموالي الام لهم لا لذوي ارحامهم حتى لو ترك
هذا الولد عمة او خالة لم يكن لهما شيء وجه قولهما ان الام معتقة وعصبته وعند ابي يوسف حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء
عتاقة ولا يورث ماله بين ذوي ارحامه كما اذا كان الاب عربيا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالي امه لان
النسب الى الاباء فان قيل لما كان النسب الى الاباء وجب ان يستوي الاب الحر والعبد وليس كذلك اجيب بان
العبد هالك حقه لانه لا يملك شيئا ولانه اثر الكفر والكفر موت حكما قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه فصار
حال هذا الولد الحكم حال من لا اب له فينسب الى موالي الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية تصير
باعتبار صفة المالكية والعربية والعجم في سوله وجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتق الكفار فيه ان الكفار
يتفاخرون بالعتاقة ويعيرونها في الكفاءة فجعله اب واحد في الحرية لا يكون كفاءة ابوان فيها والنسب ليس كذلك
فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاخرهم بعتاقة الدنيا حتى جعلوا من له اب واحد في الامارة كمن له
ابوان كذلك قال المصنف لكن في مطلق العتقة والمقابل وذلك لان محمدا ذكر العتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة
عربي فان كذلك فكان وفي الجامع القدوري لا معتقة العرب انما فيما ذكر لفظ الجامع الصغير لبيان ان محمدا
رحمه ذكر المعتقة مطلقا لاشتماله على الولاء الموالاة وذلك واضح في الكتاب قوله كالمولود بينهما واحد من
الموالي يعني العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت اولادا فانها تنتسب الى قوم ابيهم فكذا اذا كانت معتقة لان
النسبة الى الام ضعيفة وقوله وان كان الابوان من الوالدين معتقين راجع الى قوله والخلاف يعني ان كانت الام
معتقة والاب والى رجل ففيها الخلاف واما اذا كان الوالدين معتقين فقد اجمعوا ان النسب الى قوم الاب

لاستلزامها

لاستلزامها والترجيح لجانبه لقوته بالنسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد
الى الاب لا الى الام والدناءة فكذلك الولاء اولان النصرة بها بالاب اكثر قال ولاء العتاقة تعصيب
التعصيب موجب الانسان عصبة ومنه قولهم الكذب يعصب الاثم وهو اي مولى العتاقة احق بالميراث من العصبة
والى له لقوله عم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو
خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته قوله هو اخوك يعني في الدين وقوله ان شكرك بالمجازاة
على صنيعك فهو خير له لانه اكتسب لما ندب اليه وشر لك لانه اوصل اليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره
من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى ذخيرا لعذابك في الآخرة وشر له لانه كفر النعمة قوله كنت انت
عصبته يدل على ان المراد لم يترك عصبة حين لم يكن وارثة وورث البنوم ابنة حمزة رضي الله عنها على
سبيل العصوبة مع قيام وارث هي بنت الميت وذلك لان البنوم اعلى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة
والعصبة هو الذي تأخذ ابقية الفرائض واذا كان عصبة يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله
عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبة على ما قلنا لنا ان المراد بقوله ولم يترك
وارثا وارث عصبة لا الاباشارة الحديث كما قلت في بيان قوله كنت انت عصبته وبالحديث الثاني اي بحديث ابنة
حمزة فتأخذ العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن لذي المعتق عصبة من النسب فلمعتقه للمعتق تاويلان اي تاويلان
قول الله ورثا اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه ولكن المحدث الجمهور تاويلين
احدهما ان معنى قوله صاحب فرض ذو حال سوى حال الفرض كالاب والجد فان لهما حالا سوى حال الفرض وهي
العصوبة اما اذا كان فله اي للمعتق هذا الوارث الباقي بالعصوبة وليس للمعتق شيء والثاني ان معناه ذو حال واحد
كالبنت اما اذا كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث فان صاحب الفرائض والثاني اوجه
لانه علل قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله لانه عصبة على ما روينا وهو اشارة الى قوله لانه عصبة بعضه اما كان عصبة
لان العصبة من يكون التناصر بينه وبين النسبة اي القبيلة وتقرير العصبة من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون
الانتصار على ما قلنا اذا كتاب الولاء وهو قوله وكان العرب تناصر بالنسب وقد رأيتم تناصرهم بالولاء بنوعيه
وقوله والعصبة تأخذ ما بقي عام الدليل وتقريره فله الباقي لانه عصبة والعصبة تأخذ الباقي فان علم المولى
ثم مات المعتق لميراثه لبيت المولى ودليله ما ذكره في الكتاب وقوله ما قدمناه اشارة الى قوله فان ولدت
بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال فجاء لاب ولاء ابنه وقد ذكر جد المعتق ومعتق المعتق والهبة نا قال
عن الذخيرة ثم قوله والحجة بثبوت المالكية دليل معقول على ثبوت الولاء ثم من اعتق واعتقهم اعتقت
وتقرير ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتق وهو ظاهر وكل من يثبت من جهته يلحق بنسبه لانه علة
اذ ذاك فيثبت المالكية ينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها لان معتق المعتق ينسب الى
معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الاباء لان سبب النسبة
فيه الفراش والفراش انما هو للزوج لانه المالك والمرأة مملوكة وليس حكم ولاء المعتق مقصورا على بني المولى بل
مولى عصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث حتى يكون لاصحاب الفروض نعيب الولاء باعتبار النصرة

يتخلف فيه من يكون به النفع والنفع بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت فغاب الابن والابن ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة
عندهما وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع فقال لابيها السدس والباقي للابن لان الابوة تستحق بها بالنبوة لان الولاء
يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصر محروما عن
ميراثه به فكذا عن ميراث معتقها ولهما ان اقرب العصبات يقوم مقام المعتق فيعد عصبة لا ميراث المعتق والابن
هو العصبة دون الاب الا ان الاب السدس له بالنبوة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه ابا ابيه و
اخاه لاب وام او لاب فان ميراثه للجد عند ابي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات والجد عنده اقرب في العصوبة
ولو ان امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن
دون اخيها لما ذكرنا ان الابن اقرب في العصوبة الا ان عند جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها
فكذلك جناية معتقها وابيها لمن قوم ابيها ولو ترك المولى ابنا وبني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون
بني الابن لان الولاء للكبير هو المروي عن عدة من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعنى الكبر الترجيح والعصوبة
لا في السن على ما قالوا الا ترى ان المعتق اذا مات وترك ابني صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء نصفان
لاستوائهما في القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع

فصل في ولاء الموالاة

اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غيرا بدل للنعمة يلحقه ما اقرب بخلاف ولاء الموالاة فان
للمولى فيه ان ينتقل قبل العقد وهو الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا وصورة هذا الولاء ان يتقدم رجل ويسلم
على يد رجل ويقول له اوالغير واليتك على ان ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك فقبل الاخر
منه ولثلث شرائط احدها ان يكون محتملا لان النسب بان لا نسب له غير اما نسبة غيره اليه فغير مانع والثاني ان لا يكون
له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد وقد عقلا عنه والثالث ان لا يكون عربيا فان قيل من شرط العقد عقلا الاعلى
وحينئذ فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعلا الشرائط ثلثا اجيب بان المذكور انما هو الشرائط العامة
المحتاج اليها في كل واحدة من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكره واما حكمه فهو وجوب العقل على عاقلة
الاعلى اذا جنى الاسفل واستحقاق ميراثه اذا مات من غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير فقوله
وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان من ذوي الارحام فانه اولى عليه ينبغي ان يكون المثلث المولى لو ادعى كل واحد
لآخر وله وارث معروف لا اجيب بانه جعل بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة ارجح من الزوجية
متفق على تقديمها شرعا وان اختلفا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في تقديمه شرعا ولا يظهر الضعيف
لمقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى به بهذا السبب لو شرع في المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة
لا المال معقولا فلا يكثر جعل الثلث لمطلق الوصية لانه ما اوجب له ذلك معقولا ولا بطريق الارث ليترجح
استحقاقا للوجوب عليه وقوله الا انه يشترط في هذا ان يكون محترزا عن الآخر في غير الوكيل فانه اولى عليه
بان سبب اشتراط حفظ الوكيل لا حق الغير ظاهر وهو تقرر الوكيل بسبب الضمان عند جريان الحقوق عليه اذا
كان نقد من مال الموكل على ما مر في الوكالة فمعنى اشتراط تقدم التسليم هنا على حفظ كل واحد من الاعلى

والاسفل

والاسفل واجيب بان سبب الاشتراط هنا هو السبب مثلا وهو دفع الضرر فان العقد بينهما
وفي تقرر احدهما التزام التسليم على الآخر بدون عقد والتزام شيء على الآخر من غير عقد به فيه ضرر لا محالة
لان فيه جعل عقد الرجل العاقل باطلا بالغ كلا عقد وقبله ابطال فعله بدون عقد وخلافه لانه فسخ حكمي بعينه لتقرر
العقد الحكمي في الوكالة فان عزل الوكيل جاز عينه مقصودا لا بصح وكما يصح لما لو اعتق العبد لم يرد كله
ببيعه فانه اولى عليه لما ذا يجعل صحة العقد مع التأبيد موجبة فسخ العقد الاقل واجيب بان الولاء كالنسب
والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد
مع التأبيد بطلان العقد الاول ذكره ذلك كلا والله اعلم

كتاب الاكراه

قيد المولى لانه يعتبر حال المولى لا على حرية الكل مال المولى لا استناد بعد موته الى حالة لما ان الاكراه يعتبر حال المخاطب
من الحرمة الى الحل فكان مناسبا ان يذكر الاكراه عقيب المولاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على
شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا امر حملته على امر يكرهه وفي اصطلاح الفقهاء فما ذكره بقوله اسم لفعل يفعله
المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد اختياره مع بقاء اهليته وينسب ان يحمل المكره على المباشرة حملا
ينتفي به رضاه وهو احترز عن ان يكون مع فساد اختياره او مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به
اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضاء وهو اشارة الى القسم الآخر لكنه لا بد من تقييد بالاهلية او يفسد به اختياره
فذلك انواع الاكراه الثلثة ومعرفته اصل الفقه وقوله مع بقاء اهليته اشارة الى كون المكره لم يستلم عنه
الخطاب كالخطاب بالاهلية واذا انتفت الاهلية لا يتصور كون المكره مخاطبا واما شرطه وحكمه فبيان في اثناء الباب
قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به شرط الاكراه حصوله من قادر
على ايقاع المتوعد به سلطانا كان او لصا وفوق المكره وقوعه بان يغلب على ظنه انه يفعل ليصير بالاكراه محمولا
على ما دعي اليه من المباشرة فاذا حصل بشرائطه يثبت حكمه وهو سقوط حكمه وفعله ولم يفرق بين حصوله من السلطان
واللص لان عصمته بتوقف على حقوق المكره عقيب ما توعد به والباقي الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان
وغيره عند تحقق القدرة سيان عندهما والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة
له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قال الشافعي رحمه الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
لان مناط الحكم القدرة ولم يكن لزمنه الا السلطان ثم بعد ذلك تغير اهل الزمان فاذا اكره على بيع ماله او شراء
سلعة او الاقرار بماله او اجارة داره بالقتل او قطع عضو او بالضرب الشديد او بالحبس فهو اكراه يترتب عليه الحكم
فان فعل ما دعي اليه ثم زال الاكراه وقدر بالخيار ان شاء امضى وان شاء فسخ لان من شرط صحة هذه العقود
التراضي قال الله تعالى الا ان يكون تجارة عن تراض منكم والاكراه يعدم الرضا وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط فيفسد وان اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لم يكن اكراها لانه لا يبالي به
نظرا الى العادة الا ان كان المكره صاحب منصب يعلم انه يستنكف من ذلك اكراه لوجود العلة حينئذ وهو فوات
الرضاء قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه يعدم الرضا فيفسد اراد الاقرار ايضا
يفسد بالاكراه يعدم الاشياء وذلك لان الاقرار انما هو حجة لا مع الاكراه لترجح جهة الصدق وعند

الاكراه يحمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا اكره على الاقرار بالغصب بسوط او حبس فان م
اقرار كما في البيع الا اذا كان المكره صاحب منصب اي عنده مرتبة فان الشرفاء والاجلة من العلماء والكبراء يستنكفون
عن مرتبة سوط واحد اكثر مما يستنكف غيرهم من مرتبة ضرب وحبس ايام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس ذلك تقدير لازم
بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند
زفر لا يثبت لان بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لا اجازة له والموقوف على الاجازة قبل الاجازة لا يفيد الملك
كالبيع بشرط الخيار ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ
العاقل وصادف محله وهو المال والنهي لفقد شرطه وهو التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولنا
بثر انتفاء الشرط لا نسد العقد لا غير كانتفاء المساواة في بيع الربوا فيثبت الملك عند القبض والبيع بشرط الخيار انما
لا يفيد لانه جعل العقد لا حق حكمه كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت انه يفيد الملك عند
البعض فلو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يحتمل النقض كالتدبير والاستيلاد جاز ولزمه القيمة كما في سائر البياعات
الفاسدة فان قيل لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عده جابرا بالاجازة كهو اجاب بان الاجازة المالك
يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز بخلاف سائرها فان المفسد فيه باق قوله الا انه لا ينفسخ به استثناء
من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري المشتراه بشراء فاسد يبيع للبائع الاول من المشتري له
وهنا لا ينفسخ بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان النهي
في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله لحاجته اما هنا فالنهي
لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول قال المص ومن جعل البيع يريد به الوفاء وصورته ان يقول
البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك علي من الدين على ان من قضيت الدين فهو لي وبعد ما بعت منك هذا
العين بكذا على ان اذا دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا
مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المتعارف بين الناس لحاجة اليه واختار المص اشار
اليه بقوله البيع الجائز المتعارف ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع للمكره عليه حتى ينفسخ بيع المشتري
من غيره لان النهي لفوات الرضا في البيع للمكره عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين الاتفاق وان سميا بيعا
كثير عرفهما الرهن والعرف للمقاصد والمعاني فلا يملك المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن
لما اكل من ثمره واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه كرهن به اذا كان وفاء بالدين ولا يمكن عليه الزيادة
اذا هلك بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن ومنهم من جعله بيعا بالحال
اعتبارا بالظاهر لانهما تكلما بلفظ البيع ولم يقصدا ما فان كلا منهما ان ينتفع بغير رضا صاحبه ولو اجازا احدهما
لم يجز على صاحبه ومعنى قوله هو المتعارف انهم عرفهم لا يتفقون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى ان
يرد البائع الثمن الى المشتري ويرد المشتري البيع على البائع من غير امتناع ولا كموت ذلك الا اذا لم يخرج عن ملكه
ببيع او هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عقد من رد المبيع فان كان بقبض الثمن طوعا
اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف فاذا قبض الثمن كان اجازة

ودلالة

ودلالة الاجازة تقدم مقام الاجازة وكذا اذا سلم المبيع طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لان
دلالة الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب كرها ودفع طائعا حيث يكون العقد
باطلا اي فاسدا يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على اصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع
الملك بالقبض فان تصرف فيه تنفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما ان مقصود المكره ما يتعلق
به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه
على الهبة اكراها على الدفع دون البيع وان قبض المشتري الثمن مكرها فلبسه ذلك باجازة وعلى المكره رده
ان كان قائما في يده لفساد العقد فيكون الثمن امانة عنده لانه اخذه باذن المشتري والقبض من جهة باذن
المالك اي يوجب الضمان اذا كان للتملك وهنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه وان هلك المبيع
في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع لانه مغرور على بحكم عقد فاسد لعدم الرضا لا تقدم
وما هو كذلك فهو مغرور بالقيمة والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آلة فيما يرجع الى الاتلاف و
ان لم يصلح آلة من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور فكان المكره دفع مال البائع وان شاء
ضمن المشتري لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما احدث سببا للضمان للصاحب وعاد الغاصب الى المشتري بالبيع
فلو ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع باداء الضمان وان ضمن المشتري يعتبر مستندا
بعد الاول فينفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تنا سخه العقود اي تداولته لانه ملكه بالضمان فلهذا
انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت القبض وقال الشارح وان ضمن
المشتري لصورة الغصب وما عرفت الحامل له على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المص انما هو على شق
الترديد من تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لا من حيث الاصالة فان قيل ما الفرق بين
تضمينه مشتريا واجازته عقدا مع حيث اقتصر النفي ذهنا على ما كان بعده وعمم الجميع هنا لك اجاب
بقوله لانه اسقط حقه يعني في صفة الاجازة وهو اراد عنه هو المانع فصار الكل الى الجواز فان قيل ما الفرق بين اجازة
المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا اجاز بيع الغاصب نفذ ما اجازه خاصة اجيب بان الغصب لا يزيل
ملكه فكل بيع من هذه البيوع نفذ على اجازته لمصادفته ملكه فتكون اجازته احد البيوع عليها كالعين من المشتري
بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه واما المشتري من المكره فقد ملكه بالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما توقف
نفذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وهذا لا يتفق فان الجائز اجازة البيع الاول والاخر فلهذا نفذ
البيوع كلها باجازة عقدا مها

فصل

لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد
شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته وذكر فيه الاكراه
الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او عضو من الاعضاء وعجز الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب لا يدل التقييد
الاول معتبر شرعا سواء كان على القطع او القتل والثاني ان كان على قطع فليس بمعتبر والجعل كان المكره فعل ذلك
الفعل بغير اكراه وان كان على قتل فان كان قتلا لا يستوفى فيه الهزل والجد فكذلك والا فهو معتبر وعلى
هذا ان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر بحبس او ضرب يسير لا يخاف به تلف النفس او العضو او يقد

لم يحل له الاقدام على ذلك وان اكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يقدم
على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما
وراءها ولا ضرورة عند عدم الخوف على النفس والعضو حتى لو خاف على ذلك بالضرب غلب على ظنه انه يبيح له ذلك
ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به واشار ان الملجئ بمنزلة من غير بغلبة الظن لان بدون الاذن في احتمال
الضرب متفاوت وليس ثمة نص مقدر فيجتهد فيه غالب رأي من ابتلي به ولا يعتبر عن قدره ذلك ادنى الحد وهو ادنى
يعتبر فيه ان يتحدد باقل منها لم يسعه الاقدام لان الاقدام مشروع بطريق التعزير والتعزير
يقام على وجه الزجر لا الاتلاف لان ذلك يجب للمقدار بالرأي ولا يجوز فان ضرب حتى او قتل به اي قتل
او اتلف عضوا لم يتناول وعلم بالاباحة فهو آثم لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار
خلوصها الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع قيام التغير غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاونا
لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وكذا اذا كان مكرها لانه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة
بصفة انها ميتة او دم وهي قائمة فاذا امتنع كان آخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم ان الحرمة قائمة لان الله
تعالى استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم والاستثناء متكلم بالباقي بعد الثنيا
فكان بيانا ان المستثنى لم يدخل تحت صدر الكلام فلا يحرم حينئذ فكان اباحة لا رخصة فان امتناعه من التناول
كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه او عضو فكان آثما لكنه اثما يأثم ثم اذا علم بالاباحة في
هذه الحالة لان انكشاف الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفته الفقهاء فيعذر اوساط الناس بالجهل به كالجهل بالحكم
لحدثا الاسلام او في دار الحرب فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من الاضطرار الضيع وهو فاسد قلنا يجوز ان المباح
اعني ترك الايمان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى
الى الحرام حرام فان اكره على الكفر بالله اعلم ان كلمة لا يجوز اكراهها في تناول الميتة والخمر لا يجوز
اكراهها في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر لحقه فاذا اكره عليه لك بما لا يخاف به على النفس والعضو لا يتحقق
الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز ان يفعل ما امر به من اجراء كلمة الكفر لكن يتوري والتورية ان يفعل
غلوا ما يغير فيجوز ان يكون المراد بهذه الحمية القلب فيجوز ان يكون الاتيان بلفظ يحتمل معنيين فان الهم
ما امر به مورّيا او غير على المعنى الذي وقلبه مطمئن بالايمان لم يأثم لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي وقد قال
النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
ونصه معروف ومعنى قوله عد فعد الى المطمئنة القلب لا الى الاجزاء والمطمئنة جميعا لان ادنى درجات
الامر الاباحة فيكون كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا ينكشف حرمته وموضعه اطلاق الفقه قوله لكن بهذا
الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم
حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكلم ليس بشرط في الامتناع فوت التصديق حقيقة فكان مما اجتمع
فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان
ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وما في معناه في كلمة

الضرورة

والاقدام

مثل

مثل زايدة مورثة في الجنة وفضيلة معروفة ولان الحرمة بانية لنا في فتح الكفر وبقاء فما يوجب الامتناع فلان
الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية للاستثناء
كما تقدم واشار من باب اجراء كلمة الكفر مستثنى بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من
بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الاية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله
من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فانه تعالى
ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانه حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب ليس من ضرورة نفي الغضب عدم
حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر والشهود في حق المسافر
والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي
الحرمة فلم تثبت اباحة اجراء كلمة الكفر فيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصلحة فذلك ممتنع التخلف عن الحكم
الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما فسرتم فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما
في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا
ذهب ابو بكر الرازي من الحنفية الى ان قوله عليه السلام فان عادوا فعد للاباحة وقوله لان الكفر مما لا ينكشف حرمته
صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر فان اكره على اتلاف مال مسلم وان اكره
رجل على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه جاز له ان يفعل ذلك لان مال الغير مباح
للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف
من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الاكل والشرب والوطء
فانه فيما لا يصلح آلة له وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتل كان المال لان قتل
المسلم بغير حق مما لا يستباح للضرورة ما كذا بالاكراه وهذا لا نزاع فيه واما وجوب القصاص فيه اربعة اقوال
بحسب القسمة العقلية فانه اما ان يجب على المكره والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على المكره
والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول ابي حنيفة رحمه الله والثالث قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والرابع قول زفر رحمه الله
لان القتل من المكره حقيقة لتقدم منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد وكذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو
الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع على ان الاكراه على القتل في مال الغير لانه سلط حكمه وهو الاثم
فلم يكن مقررا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا
لوجود التسبب الى القتل منه والتسبب هو هذا اي القتل حكم المباشرة عندنا كما اذا شهد على رجل بالقتل العمد
في قصاص المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل لان شهود القتل عمدا للتسبب ولان الله تعالى بين الاحكام
لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره كيف يجوز ذلك دليلا للشافعي وهو يضيفه الى غيره
ايضا فالجواب ان دليله يدل على عدم جواز اضافة الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسببا
فلا تنافي ولابي يوسف ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر والى ابي حنيفة ومحمد
لان تأثير الامر يدل على قرار الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه حالة والتعدي ينتقل عنه وكل ما كان

اتفاق الفقهاء

تابع له

كذلك لو كان سبعة والقصاص يندفع بها ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوة والحمل على الفعل بالطبع آلة
لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصلح للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل
بان يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لا يضاف الاثم الى المكره فالقتل اجيب بقوله ولا
يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل حتى الاثم مقصورا عليه كما في فعل الاكراه على الاعتاق فان اعتاقه ينتقل
الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد وتقرر عليه من حيث الحكم فانه لو انتقل اليه من حيث الحكم ايضا
لم يعتق العبد وكما في فعل الاكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الحكم
حتى يحرم كذا هذا واذا ظهرت المكره آلة للمكره لا القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من اصابه مخمصة فقتل
انسانا واكل لحمه حيث يكون موجبا ايثار الحيوة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا فالمكره لانه يعدم
كونه آلة له فيضاف الى نفسه واعلم ان صاحب الهداية قال سواء كان هذا المكره الامر بالقاء قلاء او معتوها
او غلاما غير بالغ فالقول على الامر وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخي علاء الدين عبد العزيز رحمهم الله الى المبسوط
وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرها وتلميذ الى البزدوي مبسوط ولو كان الآمر صبيا او مجنونا لم يجب القصاص
على احد لان القاتل الحقيقة هذا الصبي والمجنون وهو ليس باهل لوجوب العقوبة عليه قال وان اكره
على الطلاق امرأته او على عتق عبده ففعل ذلك وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي
فان تصرفات المكره كلها بالملجأ الا ان يكون اكراها حتى وقد مر لهذا القريب في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة
العبد لانه صار آلة له فيصير متلفا له فيضمن قوله ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت لا من المتلفظ بهذا
اللفظ وهو لا يصلح آلة له لا من اللفظ فكذا في حق ما يثبت لا منه فاجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له
فيه واللفظ قد يتولد عنه الجناية في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون اللفظ واذا صح
كونه آلة صح الاضافة اليه قوله ان يضمن مولاه او معتقه لا سعاية عليه اما وجوب الضمان فيما اذا قال لمكاتبه
بعتك من مولاك عتقا مستقبلا على مال معين فانه يعتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد لانه التجأ امره بعلى وفق
ما اكره عليه وكذا اذا قال لم يخطر ببالي سوى الابتاء على ما به وان قال خطر ببالي الاخبار بالحرية فهو معتق قضاء
وانه ذلك لانه انشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة لانه عدل عما اكره عليه فكان طائعا في الاقرار فلا
يصدق الا في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل
ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف قلنا لو سلمنا ان الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون للمكره فعتقا فيما اتلفه بما لا تعلق له به اصلا
سلمناه ولكن انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا لا يكره على اكل لحمه الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره
لانه صار للمكره عوض او في حكم المال لما فيه البضع اذا اتلفها كمهر لان منافعها تعد مالا عند الدخول
والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب الا ترى انه اذا استلحقه بالولاء ثم رجع لا يضمن واما عدم السعاية
فلان ما ان يجب للتحرير الحالي لا هو مذهب الصحابة المنشي المكاتب وقد حرر فلا يمكن تخريجه ثانيا
او لتعلق حق الغير لم يتعلق بالعبد حق الغير فلم يوجد من موجبي السعاية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا

فاكره

فاكره الرابع على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن به وهذا على مذهب الصحابة
سالم عن النقض واما على مذهبهما فانه ينتقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية وقد
اعتق ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد لهما في التعليل فيقال لعتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه
ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لانه مراغم باتلافه يعني ان المكره لما ضمن من حيث انه جعل متلفا للعبد
حكما فكانه قتله والمقتول لا يضمن شيئا قال ويرجع بنصف مهر المرأة الجويبر فيما اذا اكره على الطلاق
امرأته وقد سمى لها مهرا لانه لم يدخل بها فتلف الجويبر فيما اذا اكره على عتق العبد قبل وقوع الطلاق
ورجوع الزوج على المكره لان الرجوع هنا بنصف الصداق وهو بقيمة العبد وان لم يمتنع رجوعه على المكره بالزوج
من المتعة لان العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف اما في العتق فقد تقدم واما في الطلاق فلقوله لان ما عليه
ارعلى الزوج كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها بخيار ابن الزوج منها بغير اكراه او بالارتداد
والعياذ بالله وما كان عليه تاكد بالطلاق مكرها فكان على شرف السقوط تاكد والتاكيد يشبه الايجاب
فكان اوجب على المكره ذلك ابتداء فكان اتلافا للمال والمكره في حق الاكراه بمنزلة الآلة فيضاف الى
المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق فبقي مجرد اتلاف ملك النكاح
وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن مال الا بمكان الشاهدين اذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق بعد
الدخول لا يضمان ولا اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق فعل الوكيل بالطلاق والعتاق نفذ جائز والقياس ان
لا يجوز لان الوكالة تتعلق بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه يعدم فساد العقد فكان كا
لشرط الفاسد والشروط الفاسدة لا تؤثر فساد الوكالة فالاكراه لا يؤثر فساد الوكالة اقامة كالشرط
قلنا تقدم انه يعدم الرضا فيفسد الاختيار فصار كانه شرط شرطا فاسدا فانه يفسد العقد لا يمنع عن الانعقاد واما ان
الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلما مر من الاستقلالات فان تصرف الوكيل مال الموكل فيما التوكيل فان
موقوفا على اجازة المالك فيما بالتوكيل اسقط واذا لم تفسد بها لان تصرف الوكيل نافذ ويرجع المكره بما لزم من نقص
الصداق وقيمة العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان
الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فيضاف التلف اليه كما لو اشهد رجلين شهدا ان فلانا وكل فلانا بعتق عبده فاعتق
الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان مقصود المكره زوال ملكه بمباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما
فعل وسيلة الى الازالة فيضمن الاجر على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه قوله والنذر لا يعمل فيه الاكراه بيان لما
يعمل فيه الاكراه وما لا يعمل فيضاف به ذلك ان كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه من حيث منع
الصحة لان الاكراه يفوت الرضا وقوله الرضا يؤثر عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فالاكراه
يمكن المكره من الفسخ بعد العقد فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الاكراه فيصح النذر مع الاكراه فان اكره على ان يوجب
على نفسه صدقة لزمه ذلك ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه غير مطالب به الا ترى انه لو اشهد رجلين فلا يطالب به غيره فيهما
وكذا اذا اكره على ايمان محلف انعقدت او على ظهار فظاهر صح وكذا على رجعة فعلى صح او على ايلاء فالا او على
فيء اليها باللسان فعلى صح لانه اراد الرجعة والايلاء والفيء تصح مع الهزل وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فان

على اعتاق عبد عن كفارة اليمين او الظهار فعتقا اجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لانه امره بالخروج عما لزمه
وذلك منه حسبة لا لله تعالى بغير حق وان عتق عبدا لذلك فعتقه نافذ ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكره بقيمته
لانه اتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه واذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانه ليست بعقوبة على احد
وان تزوج الامة اربعة اشهر ثم بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع على المكره لانه كان تمكنه
من الغربان في المدة فاذا لم يفعل كان ذلك رضا منه بالتزوج من الصداق وان قربها وكفر لم يرجع على المكره بشيء
لانه اتى بفعل اكرهه عليه واذا اكره على ان يخلع امرأته ففعل صح الخلع لانه من جانب الزوج طلاق ومن الظاهر
الطاهر والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بله بدل فكذا ببدل او يمين لوجود الشرط والجزاء اليمين لا يعرف الاكراه
ولكن كان مكرها على الخلع دون الزوج لزمها البدل لرضاها بالالتزام بان اعطاه سالم كان من البينونة ولا شيء على المكره للزوج
لانه اتلف عليه ما يستحق بمال وهو النكاح فلا يضمنه وان قبلت ان تخالعها وهي غير مكرهة كان عليها نصف الصداق
يرجع به الزوج على المكره لتاكيده ما كان على شرف السقوط الا ان قلت لا يخلو اما ان ساق الزوج اليها المهر
كله او لا فان ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق اما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما
يستحقه كل زوجة قبل صاحبه بحكم النكاح واما عند ابي حنيفة فلانه وان اوجب البراءة لكنها براءة مكرهة والبراءة
مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة فا
وان اكره على الزنا وجب عليه الحد قال ابو حنيفة الا ان اكره احد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لان الزنا
من الرجل لا يتصور الا بانتشار آلته وذلك لا يكون الا بلذة وذلك دليل الطواعية بخلاف المرأة فانها محل الفعل
ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره من السلطان
لان الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لان الانزجار كان حاصلا الى ان حصل خوف التلف على نفسه فكان
يقدم بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد وانتشار
الآلة لا يدل على عدم الخوف لانه امر طبيعي ينتشر من الناس من غير اختيار وهذا وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
انه لا لذة واما تقييد الاكراه بالسلطان فقد قيل انه من اختلاف العصر كما تقدم في اول هذا الكتاب وقيل من
قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما ان المعتبر الاكراه كونه ملجأ وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره
الوقوع كائنا وذلك قد يكون من غير السلطان اكثر تحققا لان السلطان يعلم انه لا يفوته فيتردد وانا في امره
وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن
نفسه اذ ليس فوقه من يلتجأ اليه ويقدر على دفع اللص بالالتجاء الى السلطان فان اتفق في موضع لا يتمكن من
ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا
بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الوطء في غير الملك لا يخلو عن احدهما فاذا سقط الحد
وجب المهر لان الحد ظهر الحكم الحرام سواء كانت مستكرهة على الفعل او اذنت له بذلك اما الاول فظاهر لانها لم ترض
بسقوط حقها واما الثاني فلان الاذن لا يبيح الوطء فان اذنها لغو لكونها مجبرة على ذلك شرعا وان
اكره على الزنا لم يثبت امرأته منه لان الزنا يتبدل الاعتقاد الا ترى انه لو كان قبله مطمئنا بالايمان لم يكن

وفي تبدله

وفي تبدله شك وكان الايمان ثابتا بيقين فلا تثبت الردة بالشك وكالاول ما يترتب عليها من البينونة
ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة يتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل
وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لانه امر خفي لا يطلع عليه الا بتحقيق
اللسان وقيام الاكراه يمنع عن صحة التحقيق فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك فان قالت المرأة قد
بنت مني وقال الرجل قد اخذت ذلك وقبلت مطلقة بالاعانة في القول قول الزوج استحسانا وفي القياس القول قولها فتقع
الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول البينونة كالتكلم بالطلاق فيستوي فيه الطائع والمكره كما في الطلاق
وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر موضوع للفرقة يعني لم يظهر فيها ظهورا بينا من حيث الحقيقة
حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق لدلالته عليها من حيث ان اللفظ دليل وترجمة
لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة فان دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل
على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على
الاسلام حيث يصير به مسلما لانه انما احتمل ان يكون لفظه موافقا اعتقاده واحتمال ان لا يكون رجحنا الاسلام
الحالي قبل الردة حال الاكراه على الردة والاكراه على الاسلام لان الاسلام يعلو ولا يعلى فلم يجعلها في
الصورة الاولى وجعلها مسلما في الصورة الثانية ترجيحا للاسلام وهذا في حق الحكم اما بينه وبين الله تعالى اذا لم
يعتقد الاسلام فليس بمسلم وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة ان
الايمان هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون
الاقرار ركنا ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة بشبهة عدم الارتداد لجواز ان
يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين والشبهة دارئة للقتل قوله ولو قال الذي اكره فعلوف على قوله
وقال هو قد احللت ذلك يعني لو قال له جوابا لقولها قد بنت مني اخبرتني عن امرها حين ولما كنت فعلت بانت منه
قضاء لا ديانة لانه اقر انه طالق بائن ما لم يكن عليه لانه اكره على الانشاء دون الاقرار ومن اقر بالكفر طائعا
ثم قال عنيت به الكذب لا يصدق القاضي لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق
ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه ولو قال ارادت ما طلبت مني من الكفر وقد اخبرها بالخبر عما مضى بانت قضاء
وديانة لانه مبتدئ بالكفر هاتل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره لانه لما اخبر هذا بباله امكنها الخروج عما ابتلي
به بان ينوي ذلك والضرورة قد اندفعت بهذا الاخبار فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان كمن اجرى كلمة
الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه انه كفر فتبين امرأته قضاء وديانة والحاصل ان المكره على اجراء
كلمة الكفر على ثلاثة اوجه وجه لا يكون لا قضاء ولا ديانة وفي وجه يكون قضاء ويفرق
القاضي بينه وبين امرأته ولم يكن ديانة وذلك لانه اذا اجراها فاما ان يخبر بالخبر ما طلب منه او لا
والاول والاقل ان يخبر بباله ان يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كاذبا وارادة فهو الثالث وان لم يرد
وقد الله واذا الحمد لك هذا امكنك ان يخرج مسئلة الصلح للصليب وسب النبي وقوله لما مر اشارة
الى قوله لانه مبتدئ بالكفر هاتل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله اعلم

احترز بالعقد به وهو الخارج عن الحجر على موجب الاكراه لان ذلك ايضا سلب ولاية كاملة كان
ومحسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى واحد قبل امر الديانة والآخر التعليم لامر الله وهو اللغة عبارة عن المنع وفي
عرفهم هو المنع عن التصرف لاصناف مخصوصة هو الصغير والرقيق والمجنون والصبا به معاد هذه الاسامي و
الحق بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمبذر المتلف بالاتلاف ولما كان الصبا به ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير الا با
ذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحاله واما الذي لا يكون مغلوبا وهو
الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء اما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله
واهلية التصرف انما هي بالعقل لكن اهليته متراخية باذن وليه لانه اهليته واما العبد فله اهلية لكنه حجر عليه رعاية حق
المولى كيلا يتعلق عليه ما فيه ضرر فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي يباشره وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ اربابها
اكسابه التي هي منفعة المولى وفي ذلك تفويت لها عنه وكيلا تعلق رقبته بغلق الدين به اذا لم يكن بسبب عيان المولى اذا
اذن فقد رضي بتعلق حقه والمجنون الغالب لا يعامه اهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال ومن باع من
هؤلاء شيئا او اشترى فهو له الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق وتصرفه فيما يتردد بين الضرر والنفع ينعقد
موقوفا اذا كان يعلم ان البيع سالب والشراء جالب ويقصده لان ارادة هذا الحكم اعني كون البيع سالبا والشراء
جالبا هو احتراز عن الهازل لان بيعه ليس لارادة هذا الحكم والولي بالخيار ان شاء اجاز اذا كان فيه مصلحة وان
شاء فسخه لان النظر في العقد الى المولى فيتحرى فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه وكلامه
ظاهر واورد سؤالا على الثاني وهو ان الاصل الثاني النفاذ على المباشر من غير توقف على ما مر في بيع الفضولي
فكيف ينعقد ههنا على الاجازة واجيب بان عدم النفاذ اي يكون اذا وجد على المباشر هذا الحكم في شرا الفضولي
وههنا لم يوجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون او لعذر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي
ذكره اشارة الى لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا او اشترى اما ههنا يعني في الهداية
فلم يذكر قوله او اشترى فلعله من الاسكاف وكيف يجعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فاورد الاسكاف وهو موجود
في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعي وكذا ذكر شيخي الاشبيهي قوله وهذه المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون يوجب
الحجر الاقوال يعني ما ذكرنا من المعاني الثلثة كالبيع والشراء هذه المعاني يوجب التوقف على الاجازة على العموم بين
الصغير والمجنون والعبد واما ما يختص منها من الطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير
والمجنون دون العبد واما ما يختص منها تفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا يجري على العموم قوله دون
الافعال يعني ان المعاني الثلثة لا توجب الحجر عن الافعال لان الشارع ان الافعال لا مرتبة لها حتى ان ابن آدم
لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلف شيئا لزمهما
الضمان في الحال لان الافعال تتجلى حسا ومشاهدة ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد الحصول لا يمكن ان يجعل
كالاتلاف في محل الاقوال لان اعتبارها حال كونها موجودة حاصلا بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار و
ليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط وانتفاء العبد والقصد وان وجدت لكنه غير معتبر لعدم

العذر

العذر على المولى بغير اختياره فان هذا الاقوال موجودة مساوية مشاهدة فيما بالمباشرة اعتبارها موجودة
شرعا بالقصد من الافعال فالجواب من وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة مساوية مشاهدة ليست بعين
عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم
بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن تعمد غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا
وقد يقع كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد لا يدري ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد
هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها قوله الا
اذا كان استثناء من قوله لا توجد لها يعني ان الافعال اذا وجدت لا توجد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرج
بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يثبت به من الحد والقصاص قال
والصبي والمجنون لا يصح عقوده اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا
فالولي بالخيار وان اعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال لئلا
الفوات لا موضع واحد وقوله لما بينا اشارة الى قوله والقصد من شرطه ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لعدم
كل الطلاق واقعا الا الطلاق الصبي والمعتوه رواه الترمذي عن الحسن رفعه عنهما والاعتاق يتحقق معنى الاخلاق
والطلاق ان امكن ان يترددا بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوفه
على المصلحة في الطلاق بحال اما في الحال فلعدم الشهوة واما في المآل فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم
بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة والعلم له بذلك والولي وان امكن ان يقف على
مصلحة في الحال لكن لا وقوفه على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقف على اجازته
ولا ينفذان بمباشرته اي الولي بخلاف سائر العقود قوله وان اتلفا شيئا بيان لتوزيع الافعال على الاصل المذكور
ومعناه ظاهر وقوله والخاطئ الخاطئ المخطئ بعد الاشارة يعني انه لا فرق بين صاحب الخاطئ في وقوع الخاطئ ومع ذلك
يجب الضمان قوله على ما بينا اشارة الى قوله بخلاف الافعال والقصد من شرطه وقوله فاما العبد فان نفذ
معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقوده ولا اقراره ومعناه ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله
عليه السلام كل الطلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر
اخر هذا الباب كلامه ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالنساء هنا هو السنة وهو خفة
تغير الانسان فيحمل على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على
تبذير المال والله ذو على خلاف مقتضى العقل والشرع قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه
وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله في الاغراض الدنية ولا مصلحة كالقاء في البحر او الاحراق بالنار وقال ابو يوسف ومحمد وان فرق رحمهم الله يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف في ماله غير ان الحجر عليه عندهما يؤثر
في حق تصرف يتعلق بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتعلق بماله كا
لاقرار بالحدود والقصاص او يتعلق به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فالحجر لا يعمل فيه
حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على الصحيح والمعتمد المفتى به قول ابي حنيفة لانه تبذير ماله يصرفه لا على الوجه الذي ينبغي

العقد وكل من هو كذلك يحجر عليه فنظر الى الصبي فهذا يحجر عليه بدا اولى لان الثابت لا من الصبي احتمال البلوغ و
فحته حينئذ والدليل على صحة هذا منع المال منه والمنع لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه فامنع من يده وهذا
الذي ذكره من الدليل انما يصح على قولهما واما على قول الشافعي فلا يصح لان حجر السفه عنده يجري الزجر والعقوبة
عليه والعبادة تكلم فيما اذا كان السفه مفسدا في دينه معلنا في ماله لانا سوى نعنده يحجر عليه زجرا وعقوبة
ولا يحجر عليه عندهما ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد ونقض بالعبد فانه مخاطب
عاقل ويحجر عليه واجيب بانه قال مخاطب من ملحق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل لكونه مخاطبا
لسقوط الخطابات كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالحج والجمعة
والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك آخر يسقط الاعتراض وهذا اي عدم الحجر لان في الحجر
سلب ولاية وفي سلب الاية اهدار ادميته ومن ظاهر قوله ولا يصح القياس على منع المال الجواب عن قولهما ولهذا
منع عنه المال وتقريره ان منع المال منه انما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والحجر المنوط منه
العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله ولا على الحجر جواب عن قولهما اعتبارا بالصبي الجواب لا يقاس السفه على الصبي
لانه عاجز عن التصرف لنفسه وهذا قادر عليه نظرا له التي رعيته باعطاء آلة القدرة لما ذكرنا انه عاقل والجزئي
على خلافه سوء اختيار فكان قياس قادر على عاجز وهو سد وقوله ومنع المال مفيد جواب عن قوله ثم مقولا
يفيد بدون الحجر يعني ان منع المال بدون الحجر يفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات وذلك
يقف على اليد ولا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن له يد شيء يمتنع عنه ذلك وان فعلوا بعد قوله واذا حجر يتفرع على
مسئلة الحجر ومعناه ان القاضي ان حجر على السفيه على ما بينا ثم رفع حكمه الى قاض آخر في بلد حجر والحكم جاز تصرفه
وان الواجب ان لا يجوز لان قضاءه ولاية مجتهدا فيه ونقضه بالحل والتاجان لان الحجر من القاضي قضاء
لان القضاء يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلمنا وجود المقضي له على احتمال بعيد وهو ان يعلم
السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر له لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان ابا حنيفة لم يقل به فصار محله للمعقول
يحتاج الى امضاء وقلد فيه نفذ بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع
الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به قبل النقض بعد ذلك ثم ان عند ابي حنيفة اذا بلغ
الغلام سفيها منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته نافذة لانه لا حجر عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه
ماله وان لم يؤنس الرشد قالا لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس رشده وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى
ظاهر ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى ببقائه كالصبي ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق
التاديب وهذا يمكن ان يتوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو
المنع من حيث التاديب وهذا يتصور بكونه محلا للتاديب بعد هذه المدة ظاهرا غالبا لان في هذه
المدة يصير جدا باعتبار ادراك مدة البلوغ والانزال وهو اثنتي عشرة سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا
لم يبق قابلا للتاديب لا يفيد في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة لقول اصحابكم ثم وان دل على
ثبوت المدعى لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الى آخر وقوله ولان المنع

دليلا

دليلا آخر وتقريره ان المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار انه العبا لان العادة وجدانه
اوايلا البلوغ ثم يتقلب تبعا للعادة وقدر ذلك بخمس وعشرين سنة لان مدة البلوغ من حيث السن
ثماني عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقدر ذلك بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز الابتداء
على ما اشار اليه عليه السلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله ان بلغ رشيدا
ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس بانه الصبا فان قيل الدفع معلق بايناس الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع
اليه اجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمنا لكنه منكر يراد به ادنى ما يطلق
عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانس الى هذه الحالة لجريان فهم اصلا فان متناهي الاصالة قال
ثم لا يتاتى التفريع على قوله اراد ان التفريع الذي ذكره الدور له مختصر بقوله واذا باع لا ينفذ لا يتاتى
على قول ابي حنيفة وابي التفريع على قولهما من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لبطلان مبايعة المحجور عليه
موقوف فان رأى الحاكم فيه مصلحة بان كان متاع البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده اجاز وان كان
الثمن اقل من القيمة او كان البيع خاسرا او لم يبق الثمن لا يده لم يجز لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون
ان يكون له يد شيء من البدل واستدل على الجواز والنفاذ بقوله لان ركن التصرف قد وجد وقد ذلك
يوجب الجواز وزيادة ان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك والسفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان
الاهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف اجاب بقوله فنظر الى فان الحاكم نصب
ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولا يباع السفيه قبل حجر القاضي جاز
عند ابي حنيفة ويوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر وهو اهدار آدميته والنظر له
لا ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده
اذ العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم وعلى هذا الخلاف اذا بلغ
رشيدا ثم صار سفيها عند ابي حنيفة لا يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بالحجر السفه وان اعتق عبدا
يعني بعد الحجر تنفذ عتقه عندهما وكذلك عند ابي حنيفة فلم يخص قولهما بالذكر احترازا عن قوله لان عند ابي حنيفة
الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تاثير للحجر عنده بلا احتراز عن قولهما في سائر
التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وقوله الشافعي فانه يقول لا ينفذ لما ذكرنا الكتاب
ولكن الاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفه معنى الهازل لا من
كل وجه بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على
العقل لا لنقصان عقله فكذلك السفيه والعتق
او جه الاقوال ان السفيه لو حنث لا يمينه واعتق
لم ينفذ فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه
والثاني ان الهازل اذا اعتق عبدا عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتق وجب
عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر يؤثر والثالث ان التعليل المذكور انما يصح في حق

فيجوز ذكر حجر

الفقهاء

السفه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل
والحرية عن الاول ان الفقه بالجزء التصرفات المالية فيما يرجع الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات
والنذور لان في تنفيذها اضاعة المقصود من الجزء لامكان ان يتوقف الايجاب مالا باليمين والحنث والنذور
وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام ونزل ما وضع له من مكابرة العقل واتباع
الهوى فلا فرق بينهما والاصل عندنا ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق لانه لا يزيل الخطاب والاهلية
من ان يكون اهلا لالزام العقود بالتصرف باكتساب سببها كما ان الرق كذلك فلا ينفذ بعده تصرفه الا
تصرفاته الا الطلاق كالرقيق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه قلنا ليس السفيه كالرقيق لان حجر
الرقيق لحق الغير لا المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص
وههنا لا حق لاحد لا المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذا فاذا اعتق عند عامة العلماء على العبد ان يسعى في قيمته
لان الحجر لحق الطرف لكن في رد العتق الا انه متعذر لعدم قبول الفسخ يجب رد القيمة كما في الحجر على المديون
لاجل النظر لغرمائه او لورثته فاذا اعتق المديون عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه او لورثته في ثلثي قيمته اذا لم يكن
عليه دين ولا مال له سواه لحق النظر الى آخر الكتاب وعن محمد انه لا يجب عليه السعاية لانه لو وجب لوجب حقا
لمعتقه ولا يتصور ايجاب الشرع وانا المعهود ان يجب لغير المعتق كما في اعتاق احد الشريكين فانه يسعى
للساكت ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق الغير العتق فيعتبر بحقيقته لانه لما ملك انشاء حقيقة
العتق فلان يملك انشاء حقه كان اولى الا انه لا يجب السعاية في حق المولى لانه باق على ملكه والباقي على ملك
المولى لا يستوجب المولى عليه دينا فان مات ولم يوسر صار يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر والعتق
بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا لا بعد ان صار الوصي بعبده لو صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى
العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك
الحالة يوجب السعاية فيما كان لو اعتقه واجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبل الشرط الا انه جعل ههنا
سببا بتلك ضرورة فلا يظهر سببيته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وفي حق العتق
بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيعمل سببا في ذلك لكن يجب ان يسعى في قيمته لان التدبير وصية
وهي تسعى بعد الموت كذلك فاجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا من الايجاب الرجوع الا ان الوصية صحيحة
دون التدبير ولو ولدت جاريته فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولده لا يباع
الى ذلك لا بقاء نسله وابقاء من الجواب الاصلية لحق ذكر الانسان ببقاء الولد
بعد موته فالحق السفيه للمصلحة من الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة
والابيد عليها لاحد وان مات مديونا وان لم يكن معها ولد ابدا ان لم يعلم لها ولد منه وقال
هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها
وان مات سعت في جميع قيمتها لانه لما اقر بالحرية اذ لا يسعها شهادة الولد فصار كانه قال
انت حرة فيمتنع بيعها ويسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان

العقوبة

حق الغير

حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن نفسه وفي حرم المريض اذا ادعى ولد جارية على هذا التفصيل يعني ان يكون
معها ولد او لم يكن الجامع قال ــــ وان تزوج امرأة جاز نكاحها كلامه واضح وقوله صار كالمريض مرض
الموت يعني في لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا ان الزيادة في المريض تعتبر من الثلث
وههنا تعتبر من جميع المال وقوله وكذا اذا تزوج بازيد من سنة يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوجها
عقدا واحدا في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مرارا فانه يصح تسمية مقدار مهر المثل ويبطل الزيادة
لما بينا يعني قوله لانه من حرمان النكاح وبهذه المسئلة يعتضد ابو حنيفة على ان الاذن في الحجر عليه لانه لا
يتسلط باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا اقرار له بالاتلاف بطريق الحجة اذ هو يكتسب الحمد في الدين
والاحسان والمنة في التزوج والطلاق قال عم لعن الله كل ذواق مطلاق قوله ويخرج الزكوة من مال
السفيه والاصل في هذه المسائل ما وجب عليه من امر اوجبه الله كالزكوة وجهة الاسلام او لآدمي من حقوق
الناس كنفقة من يجب عليه نفقته عليه فهو والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر واسقاط
شيء من حقوق الشرع عنه ولا يبطل شيئا من حقوق الناس كمن لا يسمع قوله في الزنا حتى تقيم البينة عليها وعن
الغريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولدان الزوجين
اذا تنازعا على النسب لما قلنا ان كل واحد منهما في مقدرين الاخر نفسه على نفسه بالنسب والسفه لا يمنع
الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه كمن لا بد من اثبات غرة المزوج والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر
مثلها والنفقة قوله وهذا اي ما ذكرنا من اوجبه الله وما كان من حقوق الناس بخلاف ما اذا حلف
او نذر بصوم ما اوجبه على نفسه حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه ولهما ان يصوم كل حنث ثلثة ايام متتابعات
وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حالة التكفير لانه ان كان واحدا مما يجب بفعله اذ السبب
التزامه فيتكرر فيه معنى التبذير بفتح هذا الباب ويضيع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة
الرقبة فانه يصح مع القدرة عليها اجيب بان الاستطاعة منتفية لان دلالة الحجر توجب السعاية على من
يعتقه السفيه كما تقدم ومع السعاية لا يبقى المعتق من الظهار قوله وان اراد حجة الاسلام وانحج قوله ولو اراد
عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا كذلك والقياس ان لا تفعل نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كما لو اراد
الخروج للحج تطوعا فان جنى جناية فان كانت مما يجري فيه الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن والزم
الدم يفدي اذا اصلح فان مرض واوصى وقد بالمرض يا عتبار ان الوصية غالبا يكون في المرض
فان السفيه الصحيح اذا اوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس يقتضيها كما لو تبرع في
حيوته واستحسن ابو حنيفة اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى ان يكون من الثلث
لان نظره فيه لازم وجوبها بعد وقوع الاستغناء عن المال لا امر دنياه وحينئذ لا نظر له
في تنفيذها ذلك وقد ذكرنا من التصرفات
للتبرع وانما النظر له في اكتساب الثناء الحسن بعد موته
اكثر من هذا صنفا في كتاب المنتهى فمن ذلك ما قالا ان الذي بلغ سفيها والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل
ما يصنعه عندنا سواء الا في اربعة مواضع احدها انه يجوز للاب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير ويشتري له

مالا ويبيع ولا يجوز تفريق الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بامر الحاكم الحاكم والا لا يجوز نكاحه
ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والانثى ان يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبية العاقلة ولا عتاقه قال ابو
ان الذي لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره والسفيه اذا دبر عبده صح تدبيره قوله ولا يحجر على الفاسق عندنا
والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر وبني هذا الاختلاف على ان الحجر عندنا للزجر والعقوبة والفاسق
مستحق لذلك وان كان فضلي المال وعندهما للنظر له في ماله فاذا صلح ماله لم يبق عليه حجر وقال الله تعالى
فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم نفي الرشد وهو الصلاح في الدين والتقليل منه والكثير ومن اصلح
ماله فقد اونس منه رشدا ولانا اهل للولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد بينا ما تقدم
يعني في اول كتاب النكاح ويحجر القاضي عند عامة ايضا وهو قول الشافعي فيمن يبذر ماله لكنه متعقل يغبن في التجارات
ولا يحجر عليها لسلامة قلبه لما في الحجر من التعيير والتعرض بانه ظان ما نهي عن البيع وما نهي عن جنان بيع
منقذ رضي الله عنه وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام واجيب بان الحجر على المفلس
ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد
وتقرير ان ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه

البلوغ في اللغة عبارة عن الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر احد اسباب الحجر وجب
بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك فقال ـــــــ بلوغ الغلام بالاحتلام الحلم بالضم ما يراه النائم
يقال احتلم واحتلم بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ
الاطفال منكم الحلم فان لم يوجد شيء من ذلك فحتى يتم ثماني عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل
فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا
وهو رواية عنه وهو قول الشافعي وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا اقل ما قيل فيه لان بعضهم قال
اثنان وعشرون سنة وبعضهم خمس عشرة سنة وهو قول عمر رضي الله عنه قوله واذا رهن الغلام او الجارية يقال
رهنه ارتهنه وصبي مراهق اي المحتلم واستكراه الابلوغ لم يعلم ذلك منه فقال قد بلغت فالقول قولهما
ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتي عشرة سنة او اكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذبه وقد اشار
الى ذلك بقوله فادنى المدة لذلك اي حد الغلام اثنتي عشرة سنة وحد الجارية تسع سنين

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما كثيرة لما بينا ذلك
فان بمنزلة المركب فله حق انه تاخير وتبيع للقاضي ان يشهد انه حجر عليه ماله احتيالا للنفي التي حد
ان وقع وان ينبغي ان الحجر ثابت بسبب الدين لانه مختص بالمال المصون للحاجة ودفع ما يحدث
بالكسب الغير حتى يجعله انه لو تصرف في الحادث نفذ وان ينبغي من الحجر لاجله باسمه لانه يدفع بايراد
الحجر ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته والوصف لا يحتمل لان فيه اهدار اهليته وذلك حرز رفق
حرز المال فلا يترك الا على الدين فان فيه اهدار الاهلية حرز لحق المديون وترك الحجر حرز لحق
الدين وانما يكون الاولى على ان لو كان في تخصيص احد فالجواب ان حرز الدين يندفع بالحبس لا محالة والحبس

حرز

حرز ربا لحق المديون مجانا شرعا ولو لم يكن اعلى ما اندفع به حرز الدين واهدار الاهلية اعلى من الحبس
فيكون اعلى من حرز الدين واذا كان كذلك فان كان له مال لم يتصرف به الحاكم لانه نوع حجر ولانه يحتاج
لاعتراض فيكون بالمال بالسؤال وكثير يحبسه حتى يبيعه لاداء دينه ايفاء لحق الغرماء وفي الكلام
لطلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه التصرفات وهذا ظاهر وقوله باقل من الثمن المتراضي
يبيع بالغبن يسيرا كان او فاحشا وقوله التلجئة موضوعة لانه اضمار مجرد فلا يفسد به اهلية الانسان
ويرتب البيع بلا تراض وقوله والبيع ليس بطريق متعين لذلك لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب
والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه بخلاف الحبس والغربة فان الطريق هناك
متعين لانه لما لم يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع من التسريح يا
حسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه والتفريق قوله والحبس لقضاء الدين جواب عن قولهما
حتى يجب رفع السبب لاجله لا لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين
بما يختار من الطريق الذي ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ما لا ينفعه قوله
كبيع البيع ولو صح البيع فان الحبس ظلما لانه اضرار بما تاخير حق الدائن وتعذيب للمديون فلم يكن مشروعا
لكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع قوله وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وانما خصه بالذكر وان كان ذلك بالاجماع
التنبيه على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض فكان يقول لا يجوز التقدير
ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف قوله عملا بالشبهين فيما اذا لم يكن حيث لم يجعل للغريم ولاية الا
خذ نظرا الى الاخذ لانه يلزم ترك احد الشبهين لان ولاية القاضي عام وقد ثبت فلم يثبت للغريم ولاية الاخذ
مع قصور ثبت للقاضي لقوته وقوله ويباع في الدين النقد حاصله ان الدين ثابت فينبغي ان يظهر
للمديون كما يظهر للغرماء فيبيع ما كان انظر له وقوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزم بعد قضاء
الدين يعني اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه بعد قضاء الدين فان المتلف عليه اسوة
لسائر الغرماء لانه شاهد لامر له بخلاف الاقرار فان سببه مختلف وقوله وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن
هلاكه لانه لا يجوز اهلاكه لاجل مال الغير وعن ابي يوسف انه لا يخرجه من السجن في هذه الصورة ايضا لان
الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وغيره سواء وقوله هو الصحيح احتراز عن قول
بعضهم لا يمنع عن الاكتساب والسجن لان فيه ظلم الغرماء بجانب المديون لانه ينفق على نفسه وعياله والدين
الدين لانه اذا فضل شيء يصرف ذلك اليه وقوله ولا يحلفه بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس
منعهم من ان يدوروا معه ايما دار يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عم لصاحب الحق
يد ولسانك اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ووجه التمسك ان الحديث مطلق عن الزمان
فيتناول الزمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله وقوله يقسم بينهم بالحصص اي يأخذ كل واحد منهم
بقدر حصته من الدين هذا اذا اخذوا فضل كسبه بغير اختيار او اخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختيار

وأما المديون في حال صحته لو أبى أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فإذا لك نقر على ذلك الإفلاس
فقال رجل عليه الف درهم لثلثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلثمائة ولآخر منهم مائتان وماله
خمسمائة فاجتمع الغرماء وجيئوا بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال إذا كان المديون
حاضرا فإنه يقضي ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض
لأنه يتصرف في حال ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيته وإن كان المديون غائبا
والديون ثابتة عند القاضي فالقاضي يقسم ماله بين الغرماء بالحصص إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم
على بعض وقوله بينة اليسار ترجح اليسار اسم للإيسار من أيسر إذا استغنى والإعسار مصدر أعسر إذا
افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى الإعسار قال في المغرب وهو خطاء وقوله أكثر إثباتا
لأن بينة الإعسار تؤكد ما دل عليه غيره إذ الأصل هو الفقر فقضاء لبينة ذي اليد لا مقابلة بينة
الخارج وقوله في الملازمة لا يمنعونه إلى آخره تفسير للملازمة ولا يحبسه في موضع لأنه حبس وهو
حبس ليس بمستحق عليه وعن محمد أنه قال للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو لا بينة لأنه ربما يطوف في الأسواق
والسكك بغير حاجة فيتضرر المدعي ولو دخل داره لحاجة كغداء أو غائط لا يتبعه بل يجلس على باب داره
إلى أن يخرج لأن الإنسان لا بد له من موضع خلوة وكذا هنا فيما إذا أعطاه الغداء وأعد له موضعا
لأجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار
إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق والأشد عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه
بالملازمة ضررا بين بأن لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وفي معناه منعه عن
الاكتساب بقدر قوت يومه وعياله والدائن الرجل لا يلازم المديون لاستلزامها الخلوة بالأجنبية
كنز تبعث أمينة تلازمها قال — فإن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه إذا اشترى
متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق لا يد فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر القاضي
بطلب البائع على المشتري حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء
الثمن والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة
فيه من تضمينه المساواة فإن قيل قياسه مع وجود الفارق وهو ما سيذكره لأن التمرين في الذمة
وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله وصار كالسلم حتى لا
نسلم أن كونه دينا يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي
الناس كان له حق الفسخ ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد لأنه يوجب
العجز عن تسليم العين المنعقد من الدراهم والدنانير وهو ليس بمستحق بالعقد وإنما المستحق به كان
وصف الذمة أعني الدين والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتعين على البائع شرط
من شروط عقده فصار كما إذا كان المشتري مليا وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو ملك
يد دينا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين

المفلس

المفلس والملي فإن قيل هذا استدلال لا مقابلة ما روي أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال أيما رجل
أفلس فأدرك رجل ماله بعينه في رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد
قلنا الجواب أنه معارض بما روى الخصاف بإسناده إلى النبي عليه السلام قال أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده
متاعه فهو أسوة الغرماء فيه وتأويل حديث أبي هريرة أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فإن قيل
ما ذكرتم من الدليل إنما يتم بجميع مقدماته لزم أن لا ينفسخ العقد إذا كسدت الفلوس لأن موجب
العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة وهو باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بأن لا نم عدم التغير لأن موجب
العقد ملك فلوس موصوفة ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما إذا عجز الطالب عن إيفاء البدل فإن موجب
العقد لم يتغير وللمولى أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البدل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم
فإذا عجز فقد تغير موجب العقد قوله وبقبض العين جوابا لما كان العين المنقولة غير مستحقة بالعقد
وجب أن لا يبرأ ذمة المديون بدفع المنقولة والجواب أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت
لا الذمة غير متصور وجعل أن دفع العين بدلا عنه فإذا قبض العين بدلا عنه تحقق معنى المبادلة من حيث أنه
ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصا هذا هو الحقيقة أي تحقق المبادلة هو الحقيقة
لا قضاء الدين فيجب اعتبارها ما لم يتعذر وهنا تحقق في غير متعذر فكان العجز عن تسليمها هو غير مستحق
بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم فإنه لا يتحقق فيه المبادلة فيه لجواز الاستبدال فيه بقوله عم لا تأخذ
إلا سلمك أو رأس مالك فيجب أن العين المقبوضة لا مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة ولأن العجز عنه
عجز عما أوجبه العقد ولذلك يوجب الفسخ

كتاب المأذون

إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر لأن الإذن يقتضي سبق الحجر وهو اللغة عبارة عن الإعلام
وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا فإن المولى إذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق نفسه الذي كان
العبد محجورا لأجله عن التصرف لأن ماله حق المولى قبل إذنه والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق
بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لكنه لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك
حق المولى الحجر عنه فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه فقوله وإسقاط الحق إلى آخره كالتفسير
لقوله فك الحجر وقوله عندنا إشارة إلى خلاف الشافعي فإن الإذن عنده توكيل وإنابة وفي المصنوعة
إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت فإنه لما كان تصرفه بحكم مالكية الأصلية إلى غاية لا يختص بنوع
وزمان ووقت دل على أنه إسقاط حق المولى لا غير إذ الإسقاط لا يتوقف كالطلاق والعتاق فإن قيل
قوله فك الحجر وإسقاط الحق مذكور لا جزء التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين
أحدهما أنه ليس بكلام لا وإن هو تصحيح التقليد بما يدل على أن عندنا معرف بذلك كما اشترابه والثاني
أن حكم الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا وصحة كونه يتصرف
بأهليته فنفسه بقوله ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى وهذا لأنه إذا تصرف بباشر العبد المأذون
الشد لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد الذي متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الغرم فيها

حتى لو امتنع عن الاداء حال الحلول حبسه فيه حتى يعطيه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص وان
كذبه المولى فهو الذي يقتل وهذا المعنى يتضمن نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا لكن يتوقف اذن المولى دفعا
للضرر عنه بغير رضاه والوصف بالضرر لا يتنافى بين نفع ودفع فالتقييد غير مفيد فان قيل المأذون عديم
الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لتصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها
وهو ليس باهل كذلك اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقبة اهل لذلك وقد قررنا تمام هذا في التحرير
فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف باهليته لما كان للمولى ولاية الحجر عليه لانه اسقط حقه والساقط
لا يعود اجيب بان الرق لما كان باقيا كان الحجر عليه امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل لا ان الساقط يعود
ثم الاذن كما يثبت صريحا يثبت دلالة كما اذا راى عبده يبيع من ماله شيئا ويشتري فسكت يصير ماذونا عندنا
خلافا لزفر والشافعي وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قال السكوت يحتمل الرضى وفرط الغيظ وقلة
الالتفات الى تصرفه لعله يكذبه مجونا والمحتمل لا يكون حجة وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ الناس
يعاملون العبد حين علمهم بكونه المولى ومعاملتهم قد تفضي الى لحوق ديون عليه واذا لم يكن ماذونا يتاخر
المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بابقاء حقوقهم ولا اضرار ولا ظلم
ولسكوت المولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان انه راض به اولا والسكوت
في موضع الحاجة الى البيان بيان فان قيل يعني ذلك التصرف الذي راه من البيع غير صحيح فكيف يصح غير
وكذا اذا راى اجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذنا والمرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن وسكت لم
يكن اذنا واذا راى رقيقه يذبح نفسه وسكت لم يكن اذنا لما الزمتم اجيب بان الضرر ضمنا التصرف الذي
راه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غير ذلك لما قلنا ان
الدين قد يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب
عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا لان جعل اذنا يبطل ملك المرتهن عن البدل وقد لا يصل
الى بدله من محل آخر وان كان ذلك ضررا متحققا لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن
فيتضرر المرتهن بحكمه لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على اجازة المرتهن
وبطلان ملك المرتهن عن البدل ثابت فكان اقوى واما الرقيق عبد الغير او امة اذا زوج نفسه فانما لم يصر
السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصلح اذنا
واجازة دفعا لا ضرر على احد لان نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان انكاح المملوك المولى
لما فيه من ابطال ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا
وامكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في ان النكاح الرقيق موقوف على اذن المولى و
اجازته وانما موقوف ان سكوته اجازة اولا وتعلل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا
يكون السكوت اذنا ثم لا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او كالفاسد
لان كل من راه فيظنه ماذونا له فيما فيه فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه دفعا

للضرر

للضرر عنهم وهذا الدليل لا يرى لا يفرق بين شيء وشيء من الوجوه المذكورة انه ان يبيع جنسا مملوكا
للمولى الى آخره قال ——— واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذا قال المولى لعبده اذنت لك
في التجارة ولم يقيد بشيء فان اذنا عاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف ويبيع ويشتري ما يدر له من انواع
الاعيان لان التجارة اسم جنس محلى باللام فكان عاما يتناول جميع انواع الاعيان لانه ان بيع الاعيان
اصل التجارة والمنافع تكون تابعة بالاعيان الحقت بها ولو باع بعض بسعر جاز بالاتفاق لتحقق الاحتراز
عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا البيع بالغبن الفاحش خلاف في المقصود اذ المقصود بالبيع
الاسترباح دون الاتلاف فكان بمنزلة التبرع ولهذا اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف في المقصود
لا يتناوله الاذن بالمقصود ولابي حنيفة ان البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فيملكه العبد المأذون لانه
بعد الاذن كالحر يتصرف باهليته نفسه كما تقدم واعتبار من الثلث من المريض بحق الغرماء والورثة وذلك
لا يدل على انه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون وفي حق المريض يعتبر من الثلث
ابو حنيفة سوى بينهما بين البيع والشراء بالغبن الفاحش وفرق بينهما في حق الوكيل لان الوكيل يرجع
على الآمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء الذي منها في انه اشتراه لنفسه فالمهر له العيب اراد
ان يلزم الآمر وهذا لا يوجد في حق المأذون لما مر انه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على احد فكان البيع
والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصحيح اذا اذن له ابوه في التجارة ويجوز ان يبيع ويشتري بالغبن
اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابي حنيفة ولو باع العبد المأذون مرهونة اعتبر محاباته من جميع المال
اذا لم يكن عليه دين فينفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين نفذ من جميع ما بقي بعد قضاء دينه الا ما يبقى
بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الافتقار الحق على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لا يقال
المولى وارث لانه رضي بالاذن بسقوط حقه ولهذا لا يسقط الوارث حقه في الثلثين لتعلق حق المرتهن في
الكل وان كان الدين محيطا بماله بطلت المحاباة فيبدأ بالمرتهن اذ جميع المحاباة وان قارن البيع كما في الحر يعني
اذا حاباه في مرض موته وللمأذون ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء كل من ذلك
من صنيع التجار وهو لا يتوقف بنفسه في جواز الاستعانة بغيره ويجوز له اي ان يرهن ويرتهن لانهما ابقاء والابقاء
ومما من توابع التجارة وبملك ان يتقبل الارض ليستاجرها ويستاجر الاجراء البيوت لان ذلك من
صنيع التجار وباتخاذ الارض مزارعة لان في عقد المزارعة ان كان البذر من قبله فهو مستاجر للارض
ببعض الخارج وذلك انفع من الاستيجار بالدراهم لانه اذا لم يحصل خارج لم يلزمه شيء بخلاف الاستيجار
بالدراهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو آجر نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج
والآجر نفسه بالدراهم جائز كما سيجيء وكذا هذا وله ان يشتري لحما ما فيزرعه ارضه لانه يقصد به الربح
قال صلى الله عليه وسلم الزراع تاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان وليس له ان يشارك شركة مفاوضة
لانها تشتمل على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الاذن فلو فعله ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة
عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار

ولو ان يوجر نفسه عندنا خلافا لمالك فهو احد قوليه لانه لا يملك العقد على نفسه لكونه نائبا عن مولاه في التصرف
لكن الاجارة لا يملك بيع نفسه ولا رهنها بدين عليه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس
ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا وما هو راس المال الماذون له يملك التصرف فيه حرة فالماذون
له يملك التصرف فيه حرة فالماذون له يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها اما ان يكون من حيث ذاتها بالبيع
والهبة والرهن او من حيث منافعها لا جائز ان يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما اذن
له الا للربح فلو جوزنا التصرف من حيث الذات افضى الى عدم الربح فافترقنا للربح لم يكن للربح هنا خلف بالحل
فتعين ان يكون من حيث المنافع وهو المقصود قال ـــــ فان اذن له في نوع منها دون غيره قد تقدم
ان الاذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي انه توكيل وانابة وعلى ذلك تنبني هذه المسئلة
وهي انه اذا اذن له في نوع من التجارة كالبز مثلا دون غيره كان ماذونا له في جميع انواعها عندنا وعندهما
في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان اذن اذنا عاما ثم نهاه عن نوع قالا الاذن توكيل وانابة من المولى لانه
يستفيد الولاية من جهته والملك وهو الحكم يثبت له اي للمولى ومن العبد لهذا يملك حجره فيتخصص الاذن بما خصه
كالمضارب اذا قال لرب المال اعمل مضاربة في البز مثلا وقلنا ان الاذن اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه في
اول كتاب الماذون وعند ذلك تظهر حاكمية العبد فلا يختص بنوع دون نوع لكن التخصيص اذ ذاك تصرفا
لا ملك الغير وهو لا يجوز ونقض بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبدان يتزوج فلانة
ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك الغير لان النكاح تصرف في ملك
المولى لانه لا يجوز الا بولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى والحقنا جاز ان
يجبر عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به وان قيل قد تقدم ان الحجر الثابت
للمولى يمنع الاذن وقد يتصرف المولى بغير ما خصه به من التصرف فجواز ان يكون العبد كالمأذون بالتجارة في التبرع من
الحق واجيب بانه من زعم محقق والثابت لان فلا مدفوع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف بالنص الناسخ
عند الخصم يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدلالة يتصرف باهليته ومالكيته فليس الحال واردا قال كسب
بخلاف التوكيل يجوز ان يكون مجبرا باعتقاده كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من
جهته لانه يتصرف لا مالا غيره وقد ذكر التصرف جواب لنقله ويثبت الحكم للمولى وهو ممانعة باستدراك
لا نسلم ان حاكم التصرف هو الملك واقره للمولى بل هو واقع للعبد من كان له ان يحرره الى قضاء الدين والنفقة
بغير اذن المولى وانتفى عنه تعلق المالك به وموضعه اصول الفقه قال ـــــ واذا اذن
له في شراء بعينه واذا اذن المولى بشيء بعينه مثلا ان يتعاطى شراء هذا الثوب بعينه او شيء بالكسوة
او لحما مازرقا للاهل لكن ماذونا وهذا يفيد ان التخصيص قد يكون مفيدا اذ لا ان المراد به الاستخدام
لانه لو جعل ذلك اذنا لانسد باب الاستخدام لافضائه الى ان امر عبده بشراء بقل يشتري ما ماذونا
يصح اقراره بدين يستغرق رقبته ويؤخذ به في الحال فلا يستجرئ احد على استخدام عبده فيما اشتد اليه
حاجته للمطالبة بالبيع لشراء الاشياء الحقيرة فكان يدعو احدا صريح الاستخدام والاذن بالتجارة

وهو انه ان اذن بتصرف مكرر صريحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا وبعه او قال بع هذا الثوب واشتر
بثمنه او لا دلالة كما اذا قال اذهب الى الغلة كل منها او اذهب الى الحانوت فانه طلب منه المال وهو لا
يحصل الا بالتكسب فهو دلالة المكرر او قال اقعد جنبا غاديا او فقارا لانه اذن بشيء حالا يدل عليه
دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر
كالعام اعلا وكسوتهم لا يكون اذنا وتدفع بما اذا غصب العبد متاعا وامره مولاه ببيعه فانه اذن في
التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب انه امر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب
بالحل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه خاصا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المص يشير الى
ان الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاقرار اذن دون الاذن فتامل قال ـــــ
واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز اقرار الماذون لجائز بالديون والغصوب والودائع
لان الاقرار بها من توابع التجارة اما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون
دينا او يقبض فيتلف عنده واما بالغصوب فلان الغصب يوجب الملك عند اداء الضمان والضمان
الواجب من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى امتناع
التجارة فان الناس اذا علموا ان اقراره غير صحيح اجتنبوا عن مبايعته ومعاملته ولا فرق في صحته بين ما اذا
كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كالمرتد والجامع تعلق
حق الغرماء بما في ايديهما من المال والكسب بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة كالاقرار بالزنا والسرقة وكذا لو اقر بجناية على حر
هذا الرجل بنكاح بغير اذن مولاه فانتفيها فانه لم يصدق فيه لانه كالمحجور لرقه وكذا لو اقر بجناية على حر
او عبد او مهر وجب عليه بنكاح صحيح او فسد او شبهة فاقراره بالحد ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك
الحجر اثر ظهور التجارة في ليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور وليس للماذون
ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يتزوج مماليكه لذلك وجوز ابو يوسف تزويج الاماء لانه تحصيل المال وهو المقصود
بالاذن فكان كالاجارة ولنا ان الاذن بتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ومعناه سلمنا ان الاذن لتحصيل المال
لكن لا مطلقا بل على وجه يكون من صنع التجار والنكاح والامة ليس من ذلك وقد ولهذا لا يملك تزويج العبد
قد صح ليس بواضح لجواز ان يحصل المال بالكتابة بان يعتق العبد ويشترط رقبته بالمهر بل منفعة قد وعلى
هذا الخلاف في العتق الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي يعني ان هذا لا يملكون
تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامة عندهما خلافا لابي يوسف قال ـــــ الا في هذه الرواية
فظهر لانه ذكر بعد هذا الكتاب للمكاتب ان لها يعني الاب والوصي ان يزوجا امة الصغير
بلا خلاف حيث جعل الاب والوصي هنا رفيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب ان يزوجا امته لانه
اكتسب لاستفادة المهر قال ـــــ وما ذكره المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية
المبسوط والتتمة ومختصر الكافي واحكام الصغار وقال ـــــ بعض الشارحين يحمل على ان في المسئلة روايتين
قال ـــــ والمكاتب لانه ليس بتجارة لان مبادلة المال بالمال والبدل وان كان مالا لكنه مقابل بفك

التجارة
ولا يجوز للماذون ان يكاتب
لانه تضمن التجارة لان الكتابة
هو البيع بتجارة

الحجر ومولى يسر مال فله بالحجر تجارة الا ان يجيز المولى ولا دين عليه لان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف
على الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ان قال لان المولى قد ملكه لان كسب العبد المأذون
فانه ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة ويصير العبد نائبا عن المولى ويرجع الحقوق وهو مطالبة
بدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير لكونها اسقاطا
فلا يتعدى البدل الى من نفذ العتق من جهته ولنا ان يتولاها الوكيل سواء كان سفيرا او لا اذا عقد العقد
لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن ان يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الاقتضاء ولنا قال ولا دين
عليه لانه لو كان عليه دين قليلا كان او كثيرا بطلت كتابته وان اجاز المولى لان المولى بالاجازة يجيز للطالب
من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين او كثر ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة
والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم فالاعتاق الى ههنا اذا لم يجز المولى فان اجاز ولا دين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق
فيملك الاجازة ويقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عند ما كفر فحق قيمة العبد للغرماء
لانه لو انشأ العتق جاز وحق القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء على العوض لان ما يؤدي به كسب الحر ولا حق
لهم في كسب الحر محلا ان بدل الكتابة فانه يؤدي من حال الرق فتعلق به حقهم ولا يجوز ولا يجب بعوض وبغير وكالصدقة
لان كلا ذان تبرع بعوضه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يؤدي
اليسير من الطعام او يضيف ضيافة يسيرة وقوله من الطعام يشير الى ان هذا فيما يؤكل لانه لا يجوز اصلا ولا
هداء اليسير راجع الى الضيافة اليسيرة فتقرر بالتجارة قال محمد بن سلمة رحمه
الله ان كان مال تجارته مثلا عشرة الاف درهم واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيرا وان كان مال تجارته
عشرة مثلا فاتخذ ضيافة بمقدار دانق فذلك يكون كثيرا عرفا والهدية بالمأكول كالضيافة به والقياس ان لا
يصح شيء من ذلك لانه تبرع كتزويج الكتابة والسيد لانه من ضرورات التجارة استجلابا بالكسب المجاهدين و
المجاهدين هو الذي من التجار فانه اريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر به فيحرق
الى المجاهدين كذا في المغرب وباقي كلامه ظاهر قال وما يؤدي متعلق برقبته اذا وجد دين
على المأذون بالتجارة او مولاه معا فان كان له كسب يبيع بدينه بالاجماع وان لم يكن له كسب تعلقت
برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر ان فيه لا يباع لان غرض المولى من الاذن تحصيل
مال له لم يكن حاصلا لا تفويت مال حاصل وذلك اي غرض المولى حاصل لتعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل
شيء منه عن الدين يحصل للمولى ولنا ان الرقبة معطوف على قوله بكسبه فكان فيما اذا استهلك شيئا تعلق
دينه برقبته يباع فيه فههنا كذلك اجاب بقوله بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية والاستهلاك
الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولهذا لو كان مجنونا عليه يبيع بذلك وليس الكلام في ذلك وانما الكلام فيما
يتعلق بالاذن ولنا ان ذلك دين واجب في ذمة العبد فهو واجب في حق المولى بالاذن وهذا ظاهر كل
دين ظهر وجوبه في حق المولى تعلق برقبة العبد كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس
قوله وهذا اشارة الى دفع الضرر وبيانه ان سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخلة

تحت

تحت الاذن بلا خلاف فسببه داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته
استيفاء لكان اضرارا لان الكسب قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس ويجوز ان يكون
بيانا لقوله لمصير وجوبه في حق المولى وقوله وتعلق الدين برقبته استيفاء جواب عن قولهما ان غرض
المولى من الاذن تحصيل مال الى آخره وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملة
ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فيكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك
فان حق التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرضا للمولى فان قيل لا يصلح
ان يكون غرضا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله وبعدم الضرر حقه بدخول
المبيع في ملكه وفيه اشكال وهو ان البيع اذا كان باقيا وفاء بالدين لا يتعين بيع العبد وان لم يكن
باقيا او كان وليس فيه وفاء بها لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به بيع تبرع
المولى حين لا دين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى دفعه ان كان باقيا ولا يمكن ان لم يكن
بل يباع العبد بالدين ان اختار المولى ويكون البيع جابرا لما فات من العبد والظاهر ان الدين لما
استغرق رقبته كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد ثمة وليس بواضح لانه لا دليل على ظهور ذلك على انه مخصص
بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال ان المراد بالدين ما وجب
بالتجارة لما ذكره الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع او مأمور معه في ملك المولى وما دخل
في ملكه يقابله موقوفة وهلاكه في ملكه لا يخرجه عن المقابلة والظاهر ان يكون مقدار ما يؤدي
من قيمة العبد لكن الثاني بعيد نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى كان اشترى الديون التي على العبد
بالعبد ولو لم يكن مساوية لقيمته كان ذلك شرا بغبن وهو نادر وتحقيقه انها لو لم تكن مساوية لم
يخرج رأس المال الديون دون بيع العبد والجواب الاول على هذا مذهب الى حسمه وهو مخصوص بما ذكر
للمعترض والثاني عام لكنه اي يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون للمديون عندهما كما سبق
وقوله وتعلقه بالكسب جواب عما يقال اجمعنا انه تعلق بالكسب فكيف يتعلق ذلك بالرقبة وذلك لانه
لا تنافي بينهما غير انه يبدأ في الاستيفاء بالكسب وعند عدمه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر
عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا
لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور لان الخصم لرقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته
او بحضرة نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه
البيع على قولهما وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الديون بين وبيع الامة العبد بغير امر مولاه
محجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه لو كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد
المديون بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور ولو كان لتركة المستغرقة بالدين لا جواز بيعها الواقع
على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لم يعد حجر الكتابة محجورين عن بيعها بقبل ذلك بغير رضا
الغرماء قوله وقوله في الكتاب يعني مختصر القدوري ومعناه ظاهر قال ويقسم قيمته بينهم

بالحصص اذا باع القاضي العبد بقيمة فتربح الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق المرتهن
بالمرتهن وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم بالثمن بقدر حقه كالمرتهن اذا ضاقت عن رهانه حقوق
الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه ابدا يؤدي العبد طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به
ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار مملوكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه ولا يباع ثانيا
كيلا يمتنع البيع فان المشتري اذا علم ان العبد الذي يشتريه يباع في دينه ثانيا بدين اختياره امتنع
عن شرائه فلا يحصل البيع الا قليلا ويتضرر الغرماء او دفعا للضرر عن المشتري لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن
راضيا ببيعه بسبب الدين فلا يبيع عليه من ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الاذن فانه لا
يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد بقي له وبتبدل الملك كتبدل الذات قدره ويتعلق
دينه بكسبه لبيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينتزعه المولى من يده يتعلق
به الدين سواء كان حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى يملكه لا الملك بعد
فراغ من حاجة العبد ولم يفرغ فكان كسبا غير منتزع ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين به لحصول
شرط الحكم له وهو خلو ذمة العبد عن الدين حال اخذ المولى ذلك وللمولى ان يأخذ غلة منه والغلة كما
يحصل من ريع ارض او كرائها واجرة غلام او غير ذلك ومعناه له ان يأخذ الضريبة التي ضربها عليه
في كل شهر بعد ما لزمه الديون فان كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ
قبل الديون والقياس ان لا يأخذ اصلا وان اخذ لحق لانه اخذ من كسبه وكسب حق الغرماء ولكنه استحسن
تقديم سلامة المؤن قبل الحق لان في اخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بابقائه على الاذن بسبب ما يحصل اليه من
الغلة فلو لم يكن من ذلك يحجر عليه فلا يحصل الكسب اما الزيادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث
لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فان اخذها رد على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده
اما ان يكون شائعا او لا فان كان الاول لم يحجر حتى يظهر الحجر لاكثر اهل سوقه كيلا يتضرر الناس بما لم
يرضوا به من تاخير حقوقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبد ان اكتسب شيئا اخذه
المولى وان لحقه دين اقام البينة انه كان قد حجر عليه فتتاخر حقوقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد يباعون
على رجاء ذلك اذ تعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى ان يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء
الدين من خالصه له بعد العتق ولم يرض به فكان كالوكيل لو لم يعلم بالعزل ولو حجر في السوق وليس فيه
الا رجل او رجلان فكذلك وما بيعه جائز وان بايعه الذي علم بحجره لان الاذن لا يتجزى لا يتجزى ابتداء
يتجزى بقاء وكذا بقاء ولو حجر في بيته بحضرة اهل سوقه الخبر لان الحجر يستدعي الحجر واشتهاره فيقام ذلك
مقام الظهور عند الكل دفعا للحرج كما في تبليغ الرسالة من الرسل عم وان كان الحجر بان لم يعلم بالاذن
الا بعد العتق ثم حجر عليه بعلمه منه يتجزى لعدم الضرر والاضرار قال ولو مات المولى او جن او لحق
بدار الحرب قد تقدم ان التصرف اذا لم يكن لازما كان لوارثه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية
حالة البقاء كالابتداء وعلى هذا اقامات للمولى وجن جنونا مطبقا وقد تقدم في الوكالة تفريع الحق

بدار الحرب

بدار الحرب الخبر الماذون لانتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة او حكما لان اللحاق موت حكمي و
لهذا يقسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي ما ذكرنا لان الابق لا ينافي
الابتداء الاذن فان المولى اذا اذن لعبده الآبق التجارة وعلم به العبد كان ماذونا فلا ينافي
بقاءه كذلك او كان البقاء اسهل من الابتداء فصار كالغصب فان المولى لو اذن لعبده المغصوب
الذي يمكن المالك اخذه بان يكون له بينة او يكون الغاصب مقرا به وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن
فكذا كونه آبقا ولنا ان الاباق حجر حالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تنفيذ دينه بكسبه
ولم يتحقق ذلك من الآبق فلا يكون راضيا وانما لم يكن مانعا في الابتداء لان الحجر حالة ولا معتبر بها
لانه عند التصرف يخلفه فيه وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر وان عاد من الاباق
على وجه الاذن لم يذكره محمد والصحيح انه لا يصح واستبداد الماذون لها حجر عليها اذا لم يصرح بخلافه
وقال زفر ليس بحجر اعتبارا بالابتداء فان المولى لو اذن لام ولده جاز فكذا اذا استبدلها بعد الاذن
وهو القياس واستحسن العلماء حجرها لان العادة جرت الظاهرة ان الاذن بخصص ام ولده ولا يرضى
بخروجها واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا حالة ولا معتبر بها عند التصرف بخلافه
في الابتداء ويضرب المولى فيثمنها ان كان دينا لانه محل تعلق حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه
يفوت حقهم فيه واذا استدانت الامة الماذونة لها اكثر من قيمتها معناه ظاهر وانما قيد بكونها اكثر
من قيمتها لتظهر الفائدة لان المولى يضرب بقيمتها دون الزيادة عليها وقيده ولا شك في بين حكمها اي حكم الاذن
والتدبير لانه بالتدبير يثبت للمدبر حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر فكان الحجر لا يؤثر فيه
في الحجر عليه قال ـــــ واذا حجر على الماذون له فاقر ان جاز اذا حجر على العبد الماذون له فاقر
بما في يده من المال لغير مولاه فهو جائز عند ابي حنيفة قال المص ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة
لفلان ولما قيد بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ملك معنى تاما كالديون والغصوب فبين ان المراد
به التفهيم وقدم الامانة لذلك فيقضي بما في يده للمقر له وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز اقراره لان للصحة
الاقرار اما الاذن او اليد والاشياء بعد وجود الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلكونه
الحجر ابطال لاستيلاء المحجور عليه غير معتبر شرعا وله ان الاستيلاء ان يده غير معتبرة فانه لو استولى على وديعة
في يد غاصب لمولاه اخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كمتوب النفقة الرجع
لو حجر رجل فكان حضور العبد وغيبته سواء واجيب بان تاويلها اذا لم يعلم المودع ان الوديعة
كسب العبد اما اذا علم ذلك فللمولى اخذه وكذا اذا علم انه مال المولى ولم يعلم بانه كسب العبد قوله فصار
كما اذا اخذه المولى كسبه من يده قلنا قرار بيان الابطال الحجر بيد مسائل متفق عليها فان المولى اذا انتزع
ما بيده ولا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وبيت الحجر به لم يصح اقراره و
يصح اقراره لاحد الرقبة بعد الحجر حتى لا يباع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق ولابي حنيفة ان
الصحة لاقراره هو اليد ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده لزوال الصحة واليد باقية حقيقة

وكما اما حقيقة فظاهر لان الكلام لو الاقرار بما في يده اما حكما فلان شرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته
واقراره دليل تحققها والثابت بدلالة الاقرار دليل تحقق الحاجة مطلقا او عند صحة والاول ممنوع والثاني مسلم
ولكن صحة هذا الاقرار حيز النزاع فلا يصلح احتجاجا في الدليل والجواب ان مطلقه دليل تحققها
حملا لحال المقر على الصلاح وان قيل لا ان اقراره دليل تحققها لكن بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار
اجيب بان يد المولى ثابتة حقيقة وكما اما حقيقة فلان الكلام فيما انتزعه من يده واما حكما فلان
انتزاعه كان قبل ثبوت الدين فله بقاء يده باقراره لانه اقرار بما في يده اصلا وهو بالحال والمصنف ذكر
كون نحلان ما انتزعه المولى الى آخره اجوبة عما استشهد به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله
على ما عرف اشارة الى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله فلا يبقى ما يثبت بحكم الملك يعني الاذن فانه
يثبت للعبد بحكم انه ملك للمولى وقد زال ذلك الملك وقوله ولهذا لم يكن رضا بالبيع لم يكن رضا فيه بالتسليم والتسليم والرد بعيب وغيره بعد كعبد آخر لم يباشره ولولا
تبدله لكان رضا لصدور المباشرة عنه حقيقة قال — واذا لزمته ديون اذا لزمته ديون
فلا يخلو اما ان يحيط بماله ورقبته او لا يحيط بشيء من ذلك او احاط بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن
للعبد فاشترى عبدا بمائة وماله والمأذون ايضا بمائة وعليه الف درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة
درهم والثالث ان يكون عليه الف درهم ففي الاول يملك المولى ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لم يعتق
عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لان سبب الملك وهو الكسب وهو ملك الرقبة وقد
وجد فان ملك الاصل علة لملك النزع ولهذا يملك اعتاقها يعني الرقبة ووطء الامة المأذون لها وهذا
اي المذكور من ملك الاعتاق وحل وطء الامة كان ملك الرقبة فكان سبب الملك وهو الكسب موجودا على الكمال فيملكه
وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن لا نسلم تحققه عند احاطة الدين فانه يمنع عن ذلك كما في الركة
اذا استغرقها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث اجاب بقوله بخلاف الوارث لانه يثبت
الملك له نظرا للمورث بايصال ماله الى اقرب الناس ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث
لا ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر له منه اي ضد ثبوت الملك للوارث وهو قضاء الدين
لانه فرض عليه والميراث صلة واذا كان سبب الملك النظر وقد فات الملك ولا عتق في غير الملك لما ملك
المولى لما ثبت نظرا للعبد لم يعدم العتق حتى يقضي دينه واذا نفذ العتق عندهما يضمن
قيمته للغرماء لتعلق حقهم ولابي حنيفة ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن
حاجته كملك الوارث على ما قررنا يعني في مسئلة تعلق الدين بكسبه والمال الذي احاط به الدين
مشغول بها فلا يخلفه فيه حتى كان الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث لا الرقبة فكذلك الدين
المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى لان الخلافة في الموضعين لانعدام اهلية الملك لا المال فالميت
ليس باهل للملك لكنه لرقيق لان الملكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك بل منافاة الموت
اظهر والميت جعل كالمالك كما لقيام حاجة الى قضاء ديونه فكذلك الرقيق واذا عرف ثبوت الملك

عندهما

عندهما وعدمه عند عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ومن لم يقل به ابطله
فان التاء يملك المولى كسبه وينفذ عتقه لا قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان كسب العبد لا يعتبر
عن قليل فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع القليل
ملك الوارث والمستغرق عينه واما الثالث فلم يذكره الكتاب ونقل بعضهم ان رجلا عن بيوع الجامع
الصغير ان العتق فيه جائز قال — وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز اذا باع العبد
المأذون الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين ويعلم
دين منه انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس باجنبي وان باع منه بنقصان لم يجز مطلقا اي سواء كان كثيرا
او قليلا لانه متهم في حق مولاه بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه
متهم فيه فان قيل التهمة قد تكون موجودة اجيب بانه موهوم حيث لم يشاء عن دليل قوله بخلاف ما اذا
باع المديون مروي بالواو وبغيره قال — والثانية وهذا الخلاف يتعلق باصل المسئلة وهو قوله واذا باع
من المولى شيئا بمثل قيمته جاز فعلى هذا على قول تقدير الواو قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه
بل المناسبة لذلك عدم الواو وقال لا يجوز ان يكون بدون الواو فيتعلق بما قبله المتعلق به وهو قوله
بخلاف ما اذا اشترى الاجنبي ارانه يجوز في كل حال لانه اذا كانت المحاباة بربع او خمسة اذا كان البيع مثل
القيمة ويبيع للمديون من وارثه لا يجوز عند ابي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال وهذا اوجه ولكن النسخ
بالواو وتاباه لكن ذلك اوجه من حيث اللفظ بالنوع دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع
الاجنبي جواز المحاباة مع صلاحه ولا يبيع للمديون من وارثه بمثل القيمة استحالة عليه حتى يحتاج الى الجواب
والظاهر عدم الواو ويجعل متعلقا باصل المسئلة في كلامه تعقيد ويقدر بكلام هكذا وان باع من المولى شيئا
بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع للمديون من الوارث بمثل قيمته
حيث لا يجوز عنده لانه حق بقية الورثة تعلق بعينه اي بعين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته
اما من الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فترى ان المولى والمديون لا يجوز البيع من المولى بمثل القيمة دفعا للزاحمة
بعد ذلك بذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى آخره وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع
ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما بهذا الحكم
اختيار من المعلل لبعض المشايخ قيل والصحيح انه قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لتعلقه بالقيمة
بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع اولى وصار العبد لا يفرق مع مولاه كالمديون لا يفرق
مع الاجنبي قوله وعلى هذا المذهبين اي مذهب ابي حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل
لبيان تساوي المحاباة باليسير والكثير على مذهب ابي حنيفة اذا باع من مولاه بنقصان يسير او كثير لا يجوز
قال يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى ووجه ذلك اي وجه الجواز مع التخيير ان الامتناع عن البيع
بالنقصان لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا اي الذي ذكرناه من الجواز والتخيير
بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يثبت مربازاة المحاباة لان البيع باليسير

منها من المولى والاجنبي فيتردد بين البيع والبيع اما البيع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة واما البيع
فلوجود عقد تقدم المقومين فاعتبرناه بيعا والبيع مع المولى للتهمة غير معتبر في حق الاجنبي لعدم التهمة بخلاف
ما اذا باع من الاجنبي باكثر من المحاباة حيث لا يجوز عندهما اصلا لان المحاباة من الجد الماذون لا يجوز على
اصلهما الا باذن المولى ولا اذن منه في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرة بنفسه غير ان فيه ضرر المنزل
فيزال بازالة المحاباة وهذان الزمان بلفظ التنفيذ وفي بعض النسخ هذا الزمان قال في الهداية
وكثير الاقتصار لرجوع هذين الزمانين على قولهما وكونه مثبتا في النسخ المصححة والمراد بالزمانين الزمن
بين المولى والاجنبي في حق المحاباة البسيرة حيث يتضرر المولى بازالتها دون الاجنبي والزمن بينهما في الكثيرة
حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي اصلا ويجوز مع المولى ويتضرر بالازالة واما ابو حنيفة على رواية هذا الكتاب
فليس محتاجا الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الزمن بين المولى والاجنبي
في جواز البيع مع الاجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام فان
وان باعه المولى شيئا كلامه ظاهر الى قوله فان سلم البيع الى المشتري الى العبد قبل قبض الثمن جعل الثمن وتقريره
دليله كما في حق المولى ثابت في العين من حيث الجنس لعدم تعلق حقه بعاقبة العين بعد البيع والثابت
في العين من حيث الجنس يسقط بالتسليم فحق المولى يسقط به فلو فرض وفاء حقه بعد سقوطه كان ذلك في الدين
لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجبه على عبده حتى لو اتلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان
الثمن عرضا فان المولى يستوجبه وهو احق به من الغرماء لانه ملكه بعينه بالعقد ويجوز ان يكون عين ملكه
في يد غيره كالمرهون عند عبده شيئا او غصبه منه وان امسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جاز له
لانه بائع والبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو احق به من الغرماء فان قيل على هذا التقرير يستوجب
دينا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجبه على ما قلتم انما اجاب بقوله ويجوز ان
يكون للمولى حق الدين اذا تعلق بعين يعني يجوز ان يستوجب على عبده دينا اذا كان ذلك الدين
متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى يستوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق ببقيته وهذا
لان البيع بعد التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل دينه ما لم يستوف الثمن فاذا كان الدين باقيا
تعلق حقه بالعين من حيث هو دين من حيث تعلقه بالعين ولو باعه باكثر من قيمته جاز لكن يخير بين
ازالة المحاباة ونقض البيع كما بينا في جانب العبد سواء كانت يسيرة او كثيرة لان الزيادة تعلق
بها حق الغرماء قال في الزيادة هذا على اختيار صاحب المبسوط واما على رواية صاحب الكتاب
وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام فان هذا البيع لا يجوز عند ابي حنيفة اصلا كما ذكر في جانب العبد
واذا اعتق المولى عبده الماذون له وعليه ديون لزمته بسبب التجارة او اتلف او جنى جنايات او
اتلف المال فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته يوم الاعتاق ما بلغت اذا كان الدين مثلها
او اكثر منها علم بالدين او لم يعلم بالاتلاف ما تعلق حقهم بها لاستيفاء حقهم وهو ان الاتلاف
لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب ازدياد مقدار ما اتلفه فبقي الباقي عليه كما كان ويطالبه بعد

العتق

العتق وان كان الدين اقل فقيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم يتقدر بقدره فلا يزاد على ما اذا اعتق المدبر على ما ذكر
وهو واضح وان باع المولى وعليه ديون بيع بقيته وقبض المشتري وغيبه معناه باع بثمن لا يفي بديونهم
يدفع اذن الغرماء والدين حال فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاء ضمنوا المشتري لان
حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم وقد اتلفوه اما البائع فبالبيع
والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغييب فيخير الغرماء في التضمين والتغييب لا يكفي بمجرد البيع والتسليم لانهما
يضمنان بمجرد ما بلا تغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك
انما يتفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والتسليم وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم
فلهم الاجازة لان الاجازة اللاحقة كالاجازة السابقة ولو كان البيع باذنهم لم يكن لهم ان يضمنوا كذا اذا
اجازوا وكذا اذا كان الثمن في يد بيعهم وهو مدين لهم فليس لهم تضمين البائع على ما بينا وكذا اذا كان الدين
على الماذون مؤجلا الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته او باقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا
حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهو المالية ومن فوائد القيد المذكور وقوله كما في المرهون يعني
ان الراهن اذا باع المرهون بدون اجازة المرتهن ثم اجاز المرتهن جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء
كالاذن في الابتداء فان ضمنوا البائع قيمته ثم زاد على المولى الى آخر معناه اذا قبل بعضا لان الزائد
اذا زاد فقد فسخ العقد بينهما فعاد الى الحال الاولى وهو ظاهر وكثير بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع
العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالمرتهن اذا باع الشركة بغير اذن الغرماء واجيب عن
ذلك بان حقهم لم يتحول الى البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وهذا الغرماء متحولون الى بيع الشركة فافترقا
قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين اذا كان المولى هذا العبد الذي باعه مديونا
يريد به سقوط خيار المشتري بعيب الدين لكون البيع بينهما لازما فذلك يوجب اللزوم في حق الغرماء
فلهم ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وكلمة به محذوفة لا للمتن وفي كلامه
فائدة لا لا يعني الاستسعاء تام موجود والثاني ناقص ان لم يف بديونهم معجلا والبيع يفوت هذا الحق
فلهذا كان لهم ان يردوا قال المشتري ثانيا اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل والا محاباة في
البيع ليس لهم ان يردوا لوصول حقهم اليه قبل عبارته شامخ لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في
البيع لا يستلزم نفي الثاني لجواز ان يصل اليهم الثمن والا محاباة في البيع كثير لا يفي الثمن بديونهم فيتعلق لهم ولاية
الرد والاستسعاء لهم الديون واجيب بانهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد
وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه
محاباة والاصح الصواب ان يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجلا
فانه انما يكون ناقصا اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا في
الفداء فما بال هذا لا يكون مختارا لقضاء الدين من ماله اجيب بان موجب الجناية الدفع على المولى
فاذا اقدم عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه واما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط

بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول ان اقرض
دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزم انه نظير لان قوله ان اقرض دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب
ان العتق ادخل الاحتمال بي فثبت به ان يقوم الدليل على خلافه فان كان البايع غايبا فله خصومة
بينهم وبين المشتري اذا انكر الدين عند الحسن ومحمد وان قيد بالانكار لان المشتري اذا اقر بدينهم و
صدقهم في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم لانه
يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما في يده ولهما انه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن
فسخ العقد والعقد قائم بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال ـــ نحن الاسلام وعلى هذا
الخلاف اذا اشترى جارية شفيع ثم وهبها لرجل سلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان
الموهوب له يكون خصما عندهما خلافا له وعنهما رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسئلة قال ـــ
ومن قدم مصرا رجل فقدم مصرا وقال ان عبدي للذي اشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه اذا
اجازة ما فعله لو كان دليلا عليه وان لم يجزه فتصرفه دليل على اذنه وهو الاستحسان والقياس لا يقبل
قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما اجازة مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني اجازة ما فعله في التجارة وهذا
اقرار على المولى واقرار عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله كيلا يفضي الامر على الناس
توضيحه ان للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبعث الاحرار والعبيد في التجارة فلو لم يقبل قول الواحد
في المعاملات لاحتاج الى ان يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف انه ماذون له في التجارة وفي ذلك من
الضيق ما لا يخفى وقوله الا ان استثنى من قوله لزمه كل شيء ومعناه انه اذا لم يكن له كسب وفاء لا يباع
في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يعتق قوله في الرقبة لان بيعها ليس بلازم لاذن في التجارة الا ترى انه اذا
اذن للمدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالصة حق المولى وحينئذ جاز ان يكون ماذونا
ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه لازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا
يريد به قوله في وسط كتاب الماذون ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه
عن حاجة العبد فان حضر مولاه وقال هو ماذون له يبيع في الدين الخصوم في حق المولى الا ان قال هو محجور
فالقول قوله وعلى الغرماء البينة لان دعواه الاذن كدعواه العتاق والكتابة فلا يقبل قوله عند جحود
المولى الا بالبينة

تمام الفراغ من احكام اذن العبد في التجارة يتبع احكام اذن الصبي

الا انه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل العقد اليسير من الكلام
اذا اذن له المولى كان كالعبد الماذون في نفوذ تصرفه وعدم التنفيذ بنوع دون نوع وصيرورته ماذونا
بالسكوت وصحة اقراره في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال ـــ ان صبي لا يتفذ تصرفه لانه محجور
لصباه نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم البقاء للمعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق
نفسه بل لحق المولى وهو يستقل باذنه لكونه راضيا بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف
والحجر عليه والمولى عليه لا يكون وليا للمماثلة لان كون تصرفه مولى عليه سمة العجز وكونه وليا سمة القدرة وصار كالطلاق

والعتاق

والعتاق لا يصحان منه وان اذن له المولى بخلاف الصوم النفل والصلوة النافلة لانه لا يقام مقامه
بالولي فيصحان منه قوله وكذا الوجه على ظاهر ما قلت يصحان الصحة اذا كانت لا بوليه الخبر واصلاح
كل تصرف لا يتحقق من المولى لا حقيقة تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يقع مباشرة الصبي فيه بنفسه لان
تصرفه بنفسه بسبب العجز وقد تحققت فيجب تنفيذها اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة
ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فيجب تنفيذه اما انه تصرف مشروع فلقوله
الله تعالى واحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب
والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش والاهلية لهذا التصرف يكون كذلك واما انه في محله فلكون
المبيع مالا متقوما واما الولاية الشرعية فلانه صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن
له الا ترى ان الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية
شرعية وان اراد اذن المولى بذلك قوله والصبي سبب للحجر جزم عن قوله لان حجر لصباه وتوضيح انا لا نسلم
ان حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في امور التجارة فصار كالعبد لا كثر حجره لغيره وهو حق المولى
فاذا اذن له الولي زال ذلك الغير لانه يعلم انه لو لم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كما
لو اذن للعبد المولى وقوله وبقاء ولاية جلب عما يقال لا يثبت له الهداية بالاذن لم يبق الولي وليا
وتوضيحه ان بقاء ولايته بعد ذلك لا مرين للنظر له فان الصبا من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار
كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بجلب بنفسه اي بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه وكان مرحمة
لا حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فيتغير ولاية
الولي لتدارك ذلك وقوله بخلاف الطلاق والعتاق جواب عن قوله وصار كالطلاق والعتاق وحاصل ذلك
ان تصرفات الصبي على ثلثة اقسام نافع محض فضار محض ومتردد بينهما فالاول كقبول الهبة والصدقة
يؤثر قبله قبل الاذن وبعده والثاني كالطلاق والعتاق لا يؤثر قبله اصلا والثالث كالبيع والشراء يؤثر قبله بعد
الاذن لان نقصان رايه يتجبر برأي الولي لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولي لاحتمال
وفيه نظر لان احد المحتملين وصحة التصرف لا تنفذ لصدوره من اهله لو تحقق فان قبل اذا باع شيئا باضعاف
قيمته كان نافعا محضا كقبول الهبة فيجب تنفيذه بلا توقف اجيب بان المعتبر في ذلك هو الوضع لا الحال الجزئية
الواقعة اتفاقا وكان الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه وليس المراد به الترتيب كشروحه
الاب مقدم على الجد وترتيبه وليه وهو الاب ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصيه
ثم الولي بخلاف صاحب الشرط يريد به امير البلدة كامير بخارا او كان الولي اكبر منه لان له ولاية تقليد القضاء
دون صاحب الشرط وقوله والشرط ان يعقد قد تقدم ذكره قوله والتشبيه بالعبد الماذون له الى آخره كذلك
كثير يرد عليه ان التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد الماذون للمديونية بدين محيط بماله
دون الولي واجيب بان ذلك من اختيار المولى وعدم اختيار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي
بان دين الصبي كدينه حقا يتعلق بذمته لا بماله فجاز ان يتصرف فيه الولي ولان العبد يتعلق بكسبه والمولى

اجنبي عنه اذا كان الدين مستغرقا ويصح اذنه بعد الاذن عاما وكسب عينا كان او دينا لوليه ولغيره لا
فكان المجرة وأورد بان الولاية للمعتوه فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقدار على مال الصبي فكيف افاده
ذلك باذنه والجواب انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها
وكذا عوده لما مر الرواية احترازا عن رواية الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز اذنه وكسبه لحاجة الى ذلك
لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في المعتوه وجه الظاهر ان الحجر انما انتفى عنه بالاذن الحق
بالبالغين ولهذا نفذ ابو حنيفة رحمه بعد الاذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين فكان المؤثر
والمكتسب وصحة الاقرار سواء لكونهما مالية ولا يملك تزويج عبده بالاتفاق وفي تزويج امته خلاف
ابي يوسف في كتابه وان كان الولي والعم يملكانها لان الاذن تبنا لما كان من ضروب التجارة والكتابة
ليست منه والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي يصير ماذونا باذن الاب والوصي
والجد دون غيرهم من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والعم دون القاضي فان له ولاية على اذن المعتوه
على ما بينا يعني قوله واكثر الولي والكتاب يتناول الاب والجد الى آخره وحكمه حكم الصبي اذا بلغ معتوها فاما
اذا بلغ عاقلا ثم عته فاذن له الاب والتجارة قال ابو بكر البلخي لا يصح قياسا وهو قول ابي يوسف ويصح استحسانا
وهو قول محمد رحمهما الله

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن والتجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مآلا حتى ان اقرار المأذون
لما صح ببيع التجارة وغيرها صح بدين الغصب والصرف بدين المهر كونه من الاول من التجارة دون الثاني فكان ذكر
النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان الغصب حرام قبيح عينه لا يد العاصب لا يكون العاصب مالكا
لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من اموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف
الملاك والكل احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع بكل
وجه والغصب ليس بمشروع والغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب لا استعمال فيه بين اهل اللغة سواء
كان متقوما او غيره فيقال غصب زيد ثوبه وخرقه فلان وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير
اذن المالك على وجه يزيله عن يده فقوله اخذ مال يشمل المحرز وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر
وقوله محترم احتراز عن مال الحربي فانه غير محترم وقوله على وجه يزيله اي يد المالك لبيان ان
ازالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا وعند الشافعي رحمه الله اثبات يد العدوان عليه وثمرته
تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة
اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد واستخدام العبد وحمل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس
بغصب عندنا لان اليسير مما لا يزيله عن يد المالك فلا يكون العاصب مزيلا ليده مع بقاء اثر فعله ثم ان كان
الغصب مع العلم بانه ملك المغصوب فحكمه المأثم والغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف
على قصد ولا اثم لان الخطأ موضوع عنه

ومن غصب شيئا مثليا فالمغصوب اما
ان يكون قائما في يد الغاصب او هالكا وهو يحتمل وجهين اما ان يكون مثليا اي يكون مما يعز مثله في جنسه او لا

فان كان

فان كان الاول فعليه مثله وفي بعض نسخ القدوري فعليه ضمان مثله ولا تنافي بينهما لان الواجب هو المثل لقوله
تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل صورة ومعنى
ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية
الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة المعتبرة في الربويات فكان ادفع للضرر
وان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام ان يتدارك بما هو مثل صورة ومعنى
وان انقطع عن ايدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد
السبب اذ هو الموجب ولمحمد الى آخر كلامه واضح قيل انما قدم قول ابي يوسف لمناسبة الاول لاعتبار ترتيب
الزمان على تلك الاقوال وقال الاوفاق يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة وايراد الاول
قوله على هذه الاقوال مع انه لم يتقدم قول ابي يوسف وان كان الثاني فعليه قيمته يوم غصبه قال
المص معناه اي معنى قوله لا مثل له العدول بات المتفاوتة وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله
من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعدد كالمتفاوتة مثل الدور والبيت
وانما وجب قيمته لتعذر مراعاة الجنس لفوات المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما
العدد في المتقارب كالجوز والبيض فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت قيل وانما اقتصر على المكيل ولم يقل
والموزون لان من الموزونات ما لا يتعين مثله وهو الذي يتبعض ضررا كالمصوغ من الفضة والذهب وليس
بواضح لان من المكيل ما هو كذلك كالسمسم المخلوط بالشعير فانه لا مثل له فيه القيمة وان كان الاول فعلى
الغاصب رد العين ولو مات تقديم هذا القسم كان انسب فتأمل القوله عم على اليد ما اخذت حتى ترده
اي على صاحب اليد عين ما اخذت اليد حتى ترده وقال عم لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا
فان اخذه فليرده عليه وهو واضح ورواية الغاية والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه انه لا
يريد باخذه سرقته ولكن اراد اخذ العنقة على اخيه فهو لاعب لا مذهب السرقة جاد في ادخال الاذى عليه او قاصد
للعب وهو يريد انه يجد في ذلك لينتفعه لكن اليد حق مضمون بدليل جواز اذن العبد والتجارة فانه
لا حكم لتزايله في حقه سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان مديونا ليس هناك شائبة النيابة عن المولى
في التصرف فعلم ان اليد حق مضمون وقد فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي
العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكلام في العين والمالية
وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام فمنها ما اذا ابرأ الغاصب
عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا يلزمه الضمان عليه ولو لم يكن وجوب
القيمة على الغاصب الحال ثابتا لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة مع
ان الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له نصاب ملكه وقد
غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب فعلم

والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع عن رد العين اذا قدر على القيمة
لان المعير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل والجواب عن مسئلة الابراء انما هو بعرضية ان يوجد
فلا يشبه الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابراء صحيحا من ذلك الوجه وقد تبين ذلك في التوبة والانوار
وعن مسئلة الكفالة ان الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن
مسئلة الزكوة ما ذكرنا في مسئلة الابراء ثم الواجب اداء المال الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن
فان ادعى هلاكها الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاغرم ومقدار ذلك مفوض الى راي الحاكم وهذا اذا لم يرض
المالك بالقضاء بالقيمة فان رضي وجد الحاكم ثمنه ولم يتعهدها فقض عليه بيد لها بما انتفاعه عن القيمة او اقام
المالك بينة على ما يدعيه من القيمة لان الواجب العين والهلاك بعارض فالغاصب يدعي امرا عارضا
خلاف الظاهر فلا يقبل قوله بخلاف ظاهر فان قيد ذكره الذخيرة في استيلاء الغاصب اذا غيب المغصوب
فالقاضي يقضي عليه بالقيمة من غير تقديم ما وجه فيه المسئلة روايتان وقيد المذكور في الذخيرة جريان
الجدران والمذكور في الكتاب جريان الافعال قال — والغصب فيما ينقل وفي العقار الغصب كائن فيما ينقل
وفي العقار لان في العقار وهو كالمال اصل الدار والبقعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل من مكان و
الاثبات في مكان آخر في حوالة البادية والنقل يستعمل بدل الاثبات في مكان آخر لان الغصب عبارة عن
يختص في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل والنقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق واذا
غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول
وان فوت التمكن من اثبات اليد بالسكنى ووضع الامتعة وغير ذلك ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع
اليدين من جنس واحد على محل واحد في حالة واحدة وانما تبدل من جنس واحد احترازا عما اذا اجر دار من رجل
فان في يد المستاجر حقيقة وفي يد الآجر حكما لكنهما يدان مختلفان بتخلف الوصفان يعني ازالة يد المالك
واثبات يد الغاصب وهو الغصب في تخلف الوصفين وهو الغصب على ما بينا فصار كالمنقول في تحقق الوصفين
وجحود الوديعة في العقار فانه اذا كانت وديعة في يد شخص فجحده كان ضامنا بالاتفاق فالقول بالضمان في
هذه الصورة وقد ثبت ان جحود الوديعة غصب مع عدم القدرة على غير صورة الجحود تناقض ظاهر فكان
المكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام فانه يكتفي في الغصب باثبات اليد المالكة لما تقدم
ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك او بسبب ذلك وهذا امر هذا الجحود لا يتصور
في العقار لان يد المالك لا يزول الا باخراجه او باخراج المالك عنها اما العقار بمعنى الصنعة او الدار
وهو الاخراج فعل المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه فصار كما اذا بعد المالك
عن الدار حتى تلف فان ذلك لا يكون غصبا لها وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب مثله الجحود
ممنوعة ذكره المختلف ان الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وان جحد وذكر المسئلة المبسوط
والاصح ان يقال جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار لانعدام ابي حنيفة
والمسكنة لم يسلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال — وما نقصه من

بفعله وسكناه ضمنه وما نقص الغاصب من العقار بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا اما على قول محمد
ان في فتاوى وانما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا غصب ترابا لانه
فعل العين قال — المص ويدخل فيما قاله يعني القدوري اذا انهدمت الدار بسكناه وعلى بان
كان عمله الجرادة او العصارة وبنى جدارا لدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك
لانه اذا انهدمت الدار بعدما غصبها وسكن فيها لا بسكناه وعمله بل بافة سماوية فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفة وابي يوسف ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بالغصب ولا بينة لصاحب الدار على ان
ملكه فهو على الاختلاف في الغصب لا يضمن البائع للمالك عند ابي حنيفة وابي يوسف لان البيع والتسليم
غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافا لمحمد وقيد بقوله ولا بينة له لان الاقرار البائع
بالغصب لا حق المشتري بالحلف فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب واذا كان له بينة امكنه ان يقيم
على ان الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا ضمان يضمن البائع بالاتفاق وقوله هو الصحيح يحتمل ان
يكون احترازا عن قول بعضهم فان لا مسئلة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا اشترى
بدارا لانسان وقبض له بها ثم رجعا منها فيتمها للمشهود عليه بالاتفاق وانه دليل على ان البائع بالبيع
والتسليم والضمان فيه عندهما اجيب بان مسئلة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير ان يكون قوله الجميع
فالفرق بين المسئلتين ان الاتلاف في مسئلة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو اقام البينة على المالك
لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وفي مسئلتنا في الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بجحد المالك
عن اثبات ملكه ببينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه فقض له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا وان
انقصت بالزراعة يعني بالزراعة النقصان ويعرف النقصان بان ينظر كم كان يستاجر هذه
الارض قبل استعمالها وكم يستاجر هذه الارض بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصانها وهذا قول
نصير بن يحيى وكلام واضح واذا هلك المنقول في يد الغاصب بفعله او بفعل غيره ضمنه وكذا اختلاف النسخ وبين
المراد والمتقدم بعده لان العين دخلت في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رد العين يجب القيمة
يعني على راي من يرى ان الموجب الاصلي في الغصب رد العين وقد القيمة محلها خلفا او تتقرر اي القيمة بذلك
السبب يعني على راي من يرى ان الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فاذا هلك العين تقررت القيمة
عليه لما كانت واجبة عند الغصب لهذا امر وكون الغصب السابق هو السبب يعتبر قيمة يوم الغصب والافعل
في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله او فعل غيره وان نقص المغصوب في يد الغاصب ولم يتخير نقصانه
بوجه آخر ضمن النقصان سواء كان النقصان في بدنه مثل ان كانت جارية فاعورت او في هذه الثياب
فانمحق لونها او في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة لانه دخل في ضمانه بجميع اجزائه في الغصب
وقد فات جزء منه فتعذر رد عينه وما تعذر رده عينه يجب قيمته واما اذا انجبر نقصانه مثل ان ولدت
المغصوبة عند الغاصب فزال في قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئا عندنا خلافا
لزفر فان كان النقصان بتباين السعر فله بطلوا اما ان يكون الزيادة كان الغصب او لا فان كان فيه

فلا فلا عليه لان تلاحق السعر بتغير الرغبات لا يفضي الى جبر ولو لم يكن فيه يجبر المالك بين اخذ قيمته والانتظار
الى الذهاب الى ذلك المكان فيسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان
له ان يلتزم العزم ويطالبه بالقيمة ولو ان ينتظر فقد الغلاء تاجيل السعر متعلق بقوله فاذا تعذر رد عينه
يجب رد قيمته وبخلاف المبيع معطوف على قوله بخلاف يعني اذا انتقص شيء من قيمة المبيع في يد البايع بفوات
وصف منه قبل ان يقبض المشتري لا يخير البايع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب
نقصان الوصف وان تخير النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فاعورت في يد البايع فصارت تساوي
خمسين كان المشتري مخيرا بين امضاء البيع وفسخه فلو اختار البيع وجب عليه تمام المائة كما شرط لا نقصان
عنده والاوصاف لا تتخير به اما الغصب فيقبض والاوصاف تتخير بالفعل وهو البيع هذا لان
العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يعدم الذات بجميع اجزائها وصفاتها فلا تتخير
قال المص ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقصت يد ضمن النقصان غير الربوي لما في الربوي
كما اذا غصب حنطة فنقصت عنده او ماء فنقص ثانيا في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل
لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله
قال ومن غصب عبدا فاستعمله او من غصب عبدا فاجره وقبض الاجرة فصار ضامنا
لا العبد فعليه النقصان لما بينا انه دخل جميع اجزائها لا ضمانه بالغصب فاذا تعذر رد عينه يجب رد قيمته
ونقصان وصفه فاذا تعذر فيه الرد فيجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف لا يتصدق بها وعلى هذا اذا اجر المستعير المستاجر والمودع والوديعة لا يدري ان حصل
لا ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب واما الملك فلانه يملكه من وقت
الغصب مستندا اذا ضمن ولها القرار بالموجب اي سلمنا انه حصل لا ملكه وضمانه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير وهو كذلك فسبيله التصدق اذا الزم يحمل على وصف الاصل احداث الشاة المعلمة
وهو معروف فان قيل التصرف لا ملكه مستندا فانى يكون الخبث اجاب بقوله والملك مستندا مرجحي
لكونه ثابتا في وجه دون وجه ولهذا يظهر القائم دون الغاية فلا يتعدم به الخبث فلو هلك العبد
في يد الغاصب ضمنه له ان يستغني بالغلة قاله ابو الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو سلم الغلة مع
العبد الى المالك يباح له الشاطر فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري
ثم يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فان الغاصب ليس له ان يستغني بالغلة في اداء الثمن الى المشتري
لان الخبث ما كان لاجل الا اذا لم يجد الغاصب غيره ان غير الغلة بناء على المذكور او لاجل والمال لانه محتاج
اليه وللمحتاج ان يصرفه الى حاجته فيه وهو اولى بذلك لانه ملكه وان كان فيه خبث فلو اصاب مالا اخر
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال او وقت الاستهلاك الثمن وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا انه
محتاج وكذلك ان استهلك الغلة ضمان الثمن ان كان محتاجا فلا شيء عليه وان كان غنيا فعلى ان
يتصدق بمثلها قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية الغاصب اذا انتقد في

المغصوب او المدفوع

المغصوب او المدفوع في البايعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف
وقد مرت الكلام بدوجها بالمصنف لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فكان
التصرف في غير ملكه حلالا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيها على تحقق الخبث وان
تداولته الايدي ثم هذا اي عدم طيب الربح فيما يتعين بالاشارة كالعروض ظاهر اما فيما لا يتعين كالنقود
الدراهم والدنانير فقد قال الكتاب يعني الجامع الصغير اشترى بها اشارة الى ان التصدق بالخبث انما
يجب اذا اشترى بها وتقدم ما قال والاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على انه
اراد بها اذا اشار اليها وتقدمها اما اذا اشار اليها وتقدم غيرها او تقدمها واشار الى غيرها
او اطلق الحلال وتقدمها يطيب له وهذه اربعة اوجه ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب ولكن
في المبسوط وجها اخر لا يطيب فيه ايضا وهو ان دفع الى البايع تلك الدراهم او لا ثم اشترى منه بتلك الدراهم
وهذا التفصيل في الجواب فيه اكثر لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين كان وجودها وعدمها
سواء فلا يدان يتاكد بالنقد لينتفي الخبث قالوا والفتوى اليوم على قول الكرخي الحرام دفعا للحرج
عن الناس وقال شيخ الاسلام قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له ان يتصدق وكذا بعد الضمان
بكل حال في الوجوه كلها هو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال
وذلك لانه اذا انتقد منها ولم يشتر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فاما ان يصير عينها عوضا فلا
فيثبت شبهة الخبث وان اشار اليها وتقدم غيرها فاعلام جنس الثمن وقدر حصل بهذه الاشارة فكان
للعقد تعلق بها فيمكن شبهة الخبث ايضا وسبيله مثل التصدق كما سوى الوجوه كلها في الخبث ووجوب
التصدق وان اشترى بالفجارية تساوي الفين فذبحها او لحمها فاكلها لم يتصدق بشيء بالربح عليه
مثل ما غصب في قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند انعدام الجنس بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم
ولم يصر فلا يظهر الربح فصل لما فرغ من بيان حقيقة الاصل وحكمه من وجوب مثله
العين او المثل او القيمة اعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وضعه القصد عما قبله واذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب عنه عينها وملكها
الغاصب ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وقوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بفعله
مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خله او الرطب تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان
شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح
المتجرم ملك مالكها لانه لم يزل اسمها بل شاة مذبوحة وشاة حية وقوله واعظم منافعها لبناء
الحنطة اذا غصبها ولحمها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا
ونشاء وبذرا وغيرها يزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لانه قد زال اسمها بتناول فارة اذا
طحنت صارت شيء دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله لكن غصب شاة فذبحها وشواها او
طبخها وفي اشارة الى ان الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة و

والامثلة كلها تدل على انه لا بد للغاصب فيه من فعل قوله وهذا كله يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب
وهو انه عندنا وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف عليه الرحمة اذا اخذ الدقيق لا
يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا اذ الدقيق عين الحنطة من وجه لكونه عمل الطحن تفريق الاجزاء
لا في احداث ما لم يكن موجودا او تفريق الاجزاء لا يبدله العين فلا ينقطع حق المالك الا ترى ان الربوا يجري
بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار الجانسية وعندنا في بضعة لان على اصله يضمن النقصان مع اخذ
العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف وعنه انه يزول ملكه عنه ولا يسقط فيه حقه لكنه
يباع ودينه وهو احق به من الغرماء بعد موته قوله ولنا فيه عطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا وتقريره
ان بقاء العين المغصوب يوجب بقاءه على ملك المالك لان الواجب اصلا في الغصب هو العين
عند قيامه ولا بقاء على ملك المالك لما بان كذلك والعين باقية فيبقى على ملكه ويتبعه الصفة
الحادثة لانها تابعة للاصل كما اذا اهبت الرطب في الحنطة والقطن في الحاونة فطحنت فان الدقيق يكون
لمالك الحنطة كذلك هذا فان قيل فيه فساد لانه تخلل صورة النزاع فعل الغاصب من المستهلك
اقامة بقوله ولا معنى بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف في الاصول ان الفعل المحظور
لا يصلح سببا للنعمة وهو الملك فصار كما اذا عدم الفعل اصلا وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستهلك
به لا محالة وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة واربطها او جعلها عضوا عضوا فان فعل الغاصب في موجوده
وليس بسبب للملك لكنه محظور اولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تتزاد بطبخها وشيها
وكذلك قيمة الحنطة تتزاد بجعلها دقيقا واحداثها اخرج حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه يتبدل
الاسم فان معظم المقاصد وهنه اي حق الغاصب في الصنعة قائم من كل وجه وما هو قائم من كل وجه ترجح
على الهالك من وجه على ما عرف في الاصول من قولهم اذا تعارض خبران ترجح كان الرجحان في الذات
اقوى منه في الحال لان الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشيء والطبخ لان الصنعة قائمة بذاتها
من كل وجه والعين هالكة من وجه قوله ولا يجعل سببا للملك من حيث هو محظور جواب عن قوله ولا
معنى بفعله لانه محظور وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور
وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الاولى وقوله بخلاف ما اذا
جواب عن قوله وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره ان العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه
يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم انه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال
شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاديب والا يقال شاة مادوبة بل يقال لحم مادوب فقد حصل
الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد سبق اسم الشاة
فيها مع ترجيح اللحمية فيها اذ معظم المقصود من اللحم ثم السلخ فالتاديب بعد ذلك لا يفوت ما هو
المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون تبديلا بيد العين بخلاف الطبخ بعد ذلك لانه يفوت ما هو المتعلق
باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها ان ياخذها قوله وهذا الوجه اي وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم

انقطاع

انقطاع حق المالك وبقاء الاسم على انقطاع حق المالك شامل لحالة قصد مسائل الغصب فانه
اذا غصب دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله او سمسما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل
الاسم واما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر ينقطع وكان بالخيار على ما سيجيء لان عين الثوب قائم
لم يتبدل اسمه وقوله لا يخلو ظاهر قوله ووجه ارجح القياس ان ثبوت الملك مطلق للتصرف يعني ان
الملك قد ثبت للغاصب وانقطع عنه ملك المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير
توقف على رضى غيره الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وهو حديث
رواه ابو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن الجارود عن ابي هريرة ان النبي عليه السلام كان في ضيافة انصاري فقدم
اليه شاة مصلية او مشوية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال اني اجد فيها شاة ذبحت
بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت اعز من هذا لم يتقدم بها وسار ضيفه بما
موجزه اذا رجع فقال عليه السلام المجوسي الاسارى قال محمد يعني المحتسبين فامر بالتصدق مع كونه
المالك معلوما بيان ان الغاصب قد ملكها لان ملك الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن ولهذا يصار
البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما امر بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب
قبل الارضاء قوله ولان في اباحة الانتفاع دليله معقول ومنقول هو قوله وفي تذبيحه جواب عن قوله
ولهذا لو وهبه وتقريره ان نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الاباحة كما في الملك الفاسد
وقوله واذا ذبح اي الهدي راجع الى قوله حتى يقع بدلها وكلام واضح وقوله او ضمنه الحاكم يعني اذا كان
مال اليتيم وقوله خلاف ما تقدم اشارة الى قوله لكن غصب شاة وذبحها وشواها وطبخها او حنطة و
طحنها او حديدا فاتخذ سيفا وقوله واما ما يقدم اشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من قوله مسائل
ومن غصب عبدا فاستغله فنقصت الغلة فعليه النقصان قال وان غصب فضة او ذهبا
او غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فيأخذها ولا
شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة متقومة جبرا حدثها حق المالك
هالكا من وجه الا ترى انه كسر وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرا او نقدا يصلح راس المال
في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغاير معنى واسما لانه قبل الضرب
كان يسمى تبرا وذهبا وفضة وبعد ضربه دنانير ودراهم ومثل ذلك ينقطع حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة
حق المالك كما تقدم ولابي حنيفة ان العين باقية من كل وجه الا ترى ان الاسم باق والاحكام الاربعة
المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزونا وجريان الربوا ووجوب الزكوة كذلك واذا كان
كذلك لم ينقطع حق المالك قوله وصلاحية راس المال جواب عن قوله والتبر لا يصلح الى اخره وتقريره
ان الصلاحية امر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لا انه هلك العين بها من وجه وقوله
وكذا الصنعة جواب عن قوله احدث صنعة متقومة ومعناه انها غير متقومة في جميع الاحوال
لانها لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما يتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كما استهلاك قلب فضة فعليه

قيمة هذا الذهب مصنوعا عندنا وذلك لانا اوجبنا عليه مثل قيمتها من جنسها اذ الى الربوا ولو
جبنا مثل وزن نقاها فان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلم اعاة حق المالك والتحرز عن
الربوا فلك يضمن قيمة هذا الذهب مصوغا وان وجد صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له نقلها يبين له
المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة متقومة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية
واذا كان كذلك كانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه ومن
غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة لان الساحة بالحاء سيأتي بعد هذا فبنى عليها ازال ملك
مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وكذا في الذخيرة ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة
واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها وسيظهر لك وجه ذلك ان شاء الله
ثم قوله وجه آخر لنا فيه وقال الشافعي للمالك اخذها والرجوع بالجانبين قدمناه بمعنى قوله هذا النقل
بقوله واذا انقرضت للغصوبة بفعل الغاصب الى آخره ووجه آخر لنا فيه انه لا تعلق هذه المسئلة ان فيما ذهب
اليه الشافعي اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهب اليه يجبر
بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او ادخل الدوح المغصوب في سفينته والسفينة
مع عليها في لجة البحر فليس للمالك ان ينزع لوجه منها وانما قيدنا بذلك لانها اذا كانت واقفة كان
له ان ينزع عينه فلا يصلح للاستشهاد فان قيل عدم جواز نزع الخيط والدوح عنده من حيث ان
فيه تلف الناس لا لان المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاخلاله والمناط فلنا
ثبتنا كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعلوه غيره اولى لكن بالحاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر
المالك وما نحن فيه وبيني ثم قال الكذخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحة
لانه غير متعد في البناء اما اذا بنى على الساحة ينقض لانه متعد فيه قال المص وجواب الكتاب
يعني قوله فبنى عليها يدل على ذلك وهو الاصح قيل لانه يعتبر تمام ان عليه كون الساحة قبل البناء عليها فصار
للاحراز تحت الدور ولا يوجب الدور وغير ذلك وبعده لا يصلح لشيء من ذلك الا بالنقض والكسر
يوجب انقطاع حق المالك قال ومن ذبح شاة غيره ومن ذبح شاة غيره بغير اذن في
كلها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما اعد
للذبح من الجزر وهو القطع وانما خص لدفع ما يتوهم ان غاصبه يجب ان يسوى اجر المثل
لجزارته على المالك لانه حق مفصول فيه فان ذلك زيادة فيه لا نقصا حيث اعد للجزر غير مطلوب
منه الدر والنسل وذلك لان نقصان الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال
ان يكون له فيه مفصول سواء من زيادة الاسمان والتاخير الى وقت آخر لمصلحته ذلك وكذلك
اذا قطع يديها او رجلها او الشاة والجزور هذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روي الحسن عن ابي حنيفة انه
لا يضمنه شيئا يعني في ذبح الشاة لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة على عامة وجه الظاهر
ما ذكرنا انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل بتاء بعضها وهو

اللحم

اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب على ما سيجيء ولكنه لا يبيع الجزور بظاهره ولكنه يبيعه من قوله فوت
بعض الاغراض اذا لم يجد البيان منحصرا فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل ولو كانت الدابة غير ماكولة
اللحم فقطع الغاصب لم فيها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه فيكون
لتقييده بغير ماكولة اللحم فائدة فان حكم ماكوله ايضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يديها على قوله
ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فقد ابان في الحكم سواء وعن الشارحين من قال
هذا ابان موعلى اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار له فيما يعني ماكولة اللحم وغير
ماكوله اذا قطع لم فيه فلا فائدة ذكره ذلك الظاهر وقد ظهر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك
لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكولة اللحم والثاني ان الخلاف يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف
ماكولة اللحم وغير ماكولة حيث قال الاوقاف انه اتلاف من وجه وفي الذخيرة لوجود الاستهلاك من كل وجه و
الظاهر من كلامه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون
ذلك اختيار امنه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن
محمد رجل قطع يد حمار او رجله وان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان قوله بخلاف قطع طرف
العبد المملوك متعلق بقوله للمالك ان يضمنه جميع القيمة وحاصل الفرق بين الادمي وغيره ان الادمي
بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا من كل وجه بخلاف الدابة فانها بعد ذلك لا ينتفع بها عادة لمنفعة
بها من الحمل والركوب وغير ذلك قال ومن خرق ثوب غيره اختلف الناس في الحد الفاصل
بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه
فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو يسير
واشار الوزير الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع فيه معناه ان لا يبقى الباقي منفعة الثوب
بان لا يصلح لثوب قال المص والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين فيه من حيث الظاهر و
الكل الغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت شيء من اجزائه وجنس المنفعة يعني لا يبقى جميع منافعه
بل يفوت بعضه ويبقى بعضه واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخله النقصان
يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره لان محمدا جعل في الاصل قطع
الثوب نقصانا فاحشا فقال واذا غصب ثوبا وقطعه قميصا ولم يخطه فلان يأخذ ثوبه ويضمنه
ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك ان الثوب به بعض المنافع
لانه بعد ما قطع قميصا يصلح للتقمص للقميص وان كان لا يصلح القباء وامثاله والساقط من القيمة
اقل من الربع ومن هذا اعتبر محمد فاحشا واذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن
نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا
كثيرا فالمالك ان يضمنه جميع قيمته ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع
كان صالحا لاتخاذ القباء والقميص وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه وان شاء اخذ

الثوب وضمن النقصان لانه تعيب عنده من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى
جهة الاستهلاك وضمن جميع القيمة او الى جانب البقاء واخذ العين وضمن نقصان القلع ووضع
المسئلة بلفظ الثوب اشارة الى ان الحكم عام لا الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما اذا لم يلبس كالكرباس
قال ومن غصب ارضا كلام واضح لا يحتاج الى شرح لكن القاضي الامام ابو علي النسفي يحكي
عن الكرخي انه ذكر لا بعض كتبه فصلا فقال ان كانت قيمة الساحة اقل من قيمة البناء فليس له ان يأخذها
وان كانت قيمة الساحة اكثر فله ان يأخذها قالوا هذا من بيض مسائل حفظت عن محمد حيث
قال لو لؤلؤة سقطت من بدان فابتلعتها دجاجة ان نظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤ
فان كان قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤ ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء
ترك اللؤلؤ وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤ وكذلك اذا دخلت الشاة في قدر الماء فالحكم
وتعذر اخراجه ينظر اليهما فان كان اكثر قيمة ينذر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك ما لصاحبه
ويتجر بعد ذلك في تلف ايهما شاء وله امثال عرفها ذكر قوله عم ليس لعرق ظالم حق صحة في الغرس يستوي
عرق اي ليس لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليس لتوجها وصف
العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اي ليس لعرق غاصب ثبوت يلزم بقلعه
وقوله تقوم الارض الى آخره يعني قيمة الارض بدون السبخ عشرة دنانير مثلا ومع السبخ المستحق
قلعه خمسة عشر يضمن صاحب الارض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الارض والسبخ لصاحب الارض وكذا البناء
قوله ومن غصب ثوبا الى آخره ظاهر وقوله اعتبارا بفصل الساحة يعني كما ان في فصل الساحة يؤمر
بالقلع اذا لم يتفرد به فكذلك ههنا لان في كل منهما اشتغال ملك الغير بملكه وقوله لان التميز ممكن يعني
بالعمل وقوله ولنا ما بينا يعني لا مسئلة الساحة بالجيم بقوله ووجه آخر لنا وقوله والخيرة لصاحب الثوب
جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه صبغه وان شاء
ضمن قيمة الثوب ابيض وبيانه ان تخير كلمة ما تستعمل في الجواز وفي دفع التنافي بينهما وتخيير المالك اولى
لان الثوب اصل والصبغ صفة فيكون تابعا له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ وقال
ابو عصمة المروزي في اصل المسئلة يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه احمر واخذ بهذا القول من ان يتبع
ان هذا الحكم الذي ذكره ابو عصمة متفرع على مسئلة الانصباغ وان كانت مسئلة الانصباغ كذلك
لكن وقع من ابي عصمة في اصل المسئلة فتبين بذلك ضعف ما للنقد وقد ظهر عما ذكرنا في مسئلة الصبغ والا
نصباغ الوجه يعني جواب المسئلة وتعليلها في السويق حيث الخلط والاختلاط يغير فعل غير ان السويق
من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال الامام يضمن قيمة السويق
لان السويق يتفاوت بالقلة فلم يبق مثليا وقيل المراد منه اي من القيمة المثل سماه به اي سمى المثل بالقيمة لانه
مقامه اي لقيام المثل مقام المغصوب وكذا الخبز لا ضمنه وبه نتا وقيل ما يقوم قوله فعن محمد انه ينظر الى آخره
معناه ان ينظر الى ثوب ابيض [illegible] ان كانت الزيادة خمسة مثلا يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان

صاحب

صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عنده واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة
بالخمسة تقاصا ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله والله اعلم
لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب شرع في ذكر مسائل الغصب
ومن غصب عينا فغيبها فالمالك بالخيار ان شاء صبر الى ان يوجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار
تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي قال الغصب عدوان محض وما هو كذلك
لا يصلح سببا للملك كالو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق وقلنا المالك ملك البدل
وهو القيمة بكماله يعني بدلا ورقبة وكل من ملك بدلا شيئا خرج المبدل عن ملكه لا محالة فاخلا ملك صاحب البدل
وقعا للعين عن ملك المالك البدل لكن يشترط ان يكون البدل قابلا للتقوم من ملك الحالك والمدبر ليس كذلك
وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب والا لم يكن تعليلك في بذلك مناسبا وهو مذهب الكرخي
زيد فانه قال الاسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي
قال شمس الائمة في المبسوط هذا وهم فان الملك لا يثبت عند اداء الضمان من وقت الغصب للغاصب
حقيقة ولهذا لا يملك الولد ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اداؤه الملك بذلك السبب يملك
الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة
وهو ملزم في هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب عدوان محض والملك حكم مشروع مرغب فيه ليكون سببا
مشروعا عام عند باقيه ولا يصلح ان يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيله من غير
لهم به ولا يجوز اضافة مثله الى الشرع وفيه نظر لانه لا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان
انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت عند وجوده فلا يظهر اثره الا بثبوت الزيادة
المنفصلة وقوله ثم ينفسخ التدبير بالقضاء جواب عما يقال لا نسلم ان المدبر لا يقبل النقل فان مولاه لو باعه فحكم
القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير وتفريع النقل بالموجب يعني ثم هو كذلك لكن لا من قضاء القاضي
الفعل المجتهد فيه فحينئذ ان البيع مصادفا للفعل لا للتدبير فيجوز بيعه لمصادفة القرع لمحل الطريق اما ما نحن
فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه اذا اختلفا في
قيمة المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فحينئذ لم يكن القول
قول الغاصب بل يكون للمالك لانه اثبته بالحجة الملزمة فان عجز عن اقامة البينة والحلف يعني الغاصب بينته
ستشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل
وقال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل لاسقاط اليمين كالمدعي اذا اقر في الواقعة فان القول قوله
ولو اقام البينة على ذلك قبلت ولان الخصاف ابو علي النسفي بنى هذه المسئلة على ان مسئلة ومن المشايخ
من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الواقعة وهو الصحيح لان المدعي ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة
اسقطها وارتفع الخصومة واما الغاصب فعليه هنا اليمين والبينة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين
فلا يكون لا معنى المدعي وكان الخصاف اختار قول من قال ذكر الغاصب لا دعوى الغصب ليس بشرط حيث

لم يذكره وهو الاصح قال محمد في الاصل اذا ادعى رجل على رجل انه غصبه جارية له واقام على ذلك بينة
يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها او يردها على صاحبها قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة لانه قال
اقام بينة انه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفتها وقيمتها وانما كان ذلك اقيم لاجل العذر فان الغاصب
يمتنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يتاتى من الناس معاينة فعل المغصوب وذا لعلم باوصاف
المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل العذر ويثبت بشهادتهم فعل الغاصب لا محالة موصوفا متفقا فعار
ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقرار فيحبس حتى يجيء وعلى هذا لا يحتاج الى تاويل ابي بكر الاعمش وهو ما قال تاويلها
ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فاما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان
المقصود اثبات الملك للمدعي في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن فان علمت العين وقيمتها اكثر مما ضمن
فاما ان يكون ضمن بعد تمام الرضا او لا فان كان الاول كان له ضمنه بقول المالك او ببينة اقامها المالك او
بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب انعقاد رضا المالك
حيث اقر هذا المقدار وان كان الثاني كان له ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فله الخيار ان شاء امضى الضمان وان
شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قيل اخذه البينة وان كانت
تاقضة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى اجاب بقوله واخذ دونها اراد اخذ المالك ما دون
الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما اخذ ذلك للعذر وهو عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة
المتقدمة لان دعواه تلك البينة وكانت باختياره وتعذرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او اقل وفي هذا النقل
الاخير مثل ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب فيه وله الخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ
العين ورد العوض هو ظاهر الرواية وقال الكرخي لا خيار له في استرداد ما توفر عليه بدل ملكه بكماله وهو ظاهر
الرواية الاصح لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يقع به من القيمة وما يتقوم الرضا لم يسقط
الخيار قال ومن غصب عبدا فاعتقه ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه
وان اعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملك الثابت فيه بالقهر ليثبت مستندا او ضرورة
اجتماع البدل والمبدل لا ملك شخص واحد ولهذا يظهر في الاكساب دون الاولاد على ما يذكر والقهر يكفي
لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب فان له ان يبيع عبده وليس له ان يعتقه وقيد باعتاق الغاصب
ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فان في رواية يصح اعتاقه
وهو الاصح فيما مثلنا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي ولد المغصوبة وثمرتها كالسمن
والجمال وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب لا يتملكها الا بالتعدي وبالجحود عند طلب المالك والكسب
الحاصل باستغلال الغاصب ليست من غلاته في شيء حتى يضمن بالتعدي لما انه عوض منافع المغصوب
ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها وقال الشافعي زوائد المغصوبة مضمونة متصلة كانت او منفصلة
بناء على ان حد الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالنتيجة
المخرجة من الحرم اما ولد المدبر فان الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الام وان لم يكن

للغصوب نخ

هناك

هناك منع من المخرج ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما
ذكرنا في اول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود فيما نحن فيه لانها حالت
ثابتة على هذه الزيادة حين يزيلها الغاصب واعترض بان هذا يقتضي ان يضمن الولد اذا غصب
الجارية حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها
غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار اجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال
بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن الازالة تمنع ظاهرا ان
الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد منعه بعد الطلب او تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب
وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بلا تسليم
بعده فان تقرب يده بحلوله لانه كان ممكنا من اخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم
وعورض بان الام مضمونة البتة في الاوصاف التالفة في الاصل بمثلها لا بالاولاد كالحرية والرق والملك
في الشرع واجيب بان الضمان ليس بصفة فان في الام بل هو لزوم حق لاذمة الغاصب فان وصفه
المال كان مجانا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان امارة زعمها
وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والمستقرض اذا لم يشهد مع
الدفع على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا امتنع الولد يضمن الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن
الاموال بالاتلاف تسبيبا كحفر البئر في غير الملك وليس فيه ازالة يد اصلا ولا اثباتها فالجواب ان ما قلنا
ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان ملزوم لا محالة وانما ان كل ما يوجب الضمان كان غصبا
فلم نلتزم ذلك لجواز ان يكون الضمان حكما مترتبا على سبب يشترك مع الغصب في العلة مما يكون مقتضيا وذلك
وفي التلخيص المخرجة من الحرم جوابه عن قوله في التلخيص المخرجة من الحرم وجه ذلك ان القياس غير صحيح لانه
ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فمنوع ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم التعدي وان قاس عليها بعد التمكن
منه فكذلك لان الضمان فيه باعتبار التعدي بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام محترمة وعلى
هذا الوجه من الجواب اكثر مشايخنا واذا الحق بمعنى لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن
من الارسال او بعده فهو ضمان جناية اي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان آمنا في الحرم صيدا وذلك
لو بعد عن ايدينا فلو قطع ايدينا تلف لعين الصيدية فيضمن لذلك بخلاف الوقوع لا ايدينا ولهذا يتكرر
الجزاء فلا يتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرجه ذلك
الصيد من الحرم وجب جزاء اخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج
من الحرم وقوله ويجب يعني الضمان بالاعانة والاشارة بالنفر فلذلك يجب بما موقوفا وهو اثبات اليد
بالاعانة على مستحق الامن اولى قال وما نقصت الجارية بالولادة
لا يد الغاصب فنقصان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده فماتت الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان
الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات

جزء معتبر منها فيكون معتبرا عليه كالاولاد كلهم ان نقصت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة
الولد فقيل ان كان جابرا لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان
بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الجنية المخرجة من الحرم اذا نقص قيمتها بسبب الولادة
وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فانه لا يجبر بها بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها الى الحرم
وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبقيمة الولد وثمنه وكما اذا خرق ثوبا غيره فنسجت ملاءة
اخرى او فلح قوائم سيخ الغير فنبتت قوائم اخرى مكانها او ضحى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء او حلم
الحرة فاضاه التعليم فانه لا يجبر الخرق بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزر بالخصاء والتعليم
بما زاد من القيمة فيه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلوق عند ابي حنيفة
على ما عرف ذلك فيما لو لم يتخلل الخلاف وقبله مسئلة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيء وعند ذلك لا يجوز
النقصان نقصا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع
لما ازال الملك عن ملك البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا من مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين
اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا وهذا لان التوليد والخلق
كلاهما فعل الله تعالى كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت وسقطت سنها ثم نبتت او قلع يد المغصوب
لا يده واخذ ارشها واذا مع الجود بحيث عن نقصان القلع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلق فعله وولد
التجنية ممنوع جواب عن قولهما وتقرير لا نسلم ان نقصان الجنية بالولادة لا يجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم
ان الام اذا ماتت لا يجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان حيا وهذا المنع على غير ظاهر الرواية واما تخريجها
على الظاهر فمنوع كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وههنا ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة و
ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا وروى عن ابي حنيفة رواية اخرى وهو انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة
ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب للموت والنقصان بسبب الولادة دون موت
الام ورد القيمة كرد العبد والدابة عيب الجارية لان النقصان مجبور بالولد فكذا اذا رد قيمتها وبخلاف ما
اذا مات الولد قبل الرد جواب قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه ان كلامنا فيما اذا رد الام بنقصان
الولادة هل يجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد ملكا لم يكن يجبر النقصان به والجناية لا يعتبر زيادة لانه
عن من بعض النسخة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكرنا الكتاب
فلا يكون مقبولا محل النزاع فان قيل المذكور جزء المستشهد بها واحد لكنه الخصم وهو ان الولد ملك المولى فلا
يصلح ان يكون جابرا لنقصان وقوله ملكه فهو على حاله واجيب بان المصيبات الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا
واذا لم يكن نقصانا لم يحتج الى جابر والملك الجابر عليه توسع في العبارة فان قيل لو كان الولد خلفا وبدلا عن
النقصان لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاع النقصان بموت الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد واجيب
بانه ملك المولى لا محالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل هو بدل من حيث الذات فاذا ارتفع النقصان بقي الذات
وبقي ملك المولى فان قيل الولد عند امانة فكيف يكون خلفا عن المضمون قلنا ليس ما اشار اليه المعترض عدم

عدة

عدة نقصانا لا تضمينه وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال الثاني ايضا فلله در المصنف ما جزاه الله
عن المسلمين خيرا قال ومن غصب جارية فزنى بها قال في الجامع محمد عن ابي حنيفة
ان الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم غصبت وليس
عليه الحد ضمان وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه الا انه ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما ردها وتابعه
المص في قوله ثم ردها فيحتمل تقديم الرد على الحبل ووقع في اغلب النسخ بتقديم الحبل على الرد لبيان ان الحد ثابت
موجود اوقت الرد قال الرد قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق وصحة رد حبيب البراءة عن الضمان فان قيل لم
صحة حيث هلكت عنده بسبب كان عنده اجاب بقوله والهلاك يكون بسبب حدث في يد المالك وهو
الولادة لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب كما اذا اخذت من يد
الغاصب فهلكت او زنت في يد الغاصب فرجمها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية فدبرت عند
البائع ولم يعلم المشتري بالتدبير فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن فله بعض
الغاصب فيتمها اكثر يضمن نقصان الجلد ولابي حنيفة ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه ان يكون على الوجه
الذي اخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها وما انعقد فيها سبب الملك وتلفها وهو ذلك فصار كما اذا
جنت في يد الغاصب فقتلت بها في يد المالك او وقعت بها بان كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب
بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها لانها لا تضمن بالغصب ولهذا
لو هلكت عنده لا يضمن فله يوم غصب الغصب بعد فساد الرد بكونها حبلى قوله وفي فعل الشرا جواب عن قولهما كمن
اشترى جارية فدبرت عند البائع بلحين الزوج وهو ان في فعل الشرا الواجب على البائع ابتداء التسليم الى المسلم
المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وهو ما بالنقص لا يعدم التسليم وما ذكرناه من وجوب
الوجه الذي اخذ عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد فكان مبطلا ما لم يوجد شرطه على ما وجد بشرطه وهو غير كامل
قيل وتحقيقه ان الشرا لم يتناول الا العين اذ الاوصاف لا تدخل في الشرا ولهذا لا يتناول بلفظها شيئا من الثمن فكان
الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فله يرجع المشتري عليه بالهلاك لا يدري وامّا
الغصب فالاوصاف داخلة فيه ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب ورجعت كما كانت يضمن النقصان
واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها ناقصا اذا سدا واما اذا ماتت في يد الغاصب فلعدم سبب الموت فانها من
الحمى والضعف وقت الموت ويحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب او حدث في يد المالك او مركبة
منهما فلا يضاف الى سبب قائم في يد الغاصب بالشك قوله والزنا سبب جواب عن قولهما او زنت في يد الغاصب
وتقريره ان الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجارح ولا المهلك [illegible]
بجلد متلف فاعتبر ما وجب في يد الغاصب فله يضمن قال ولا يضمن ما نقص من الغصب
غير مضمونة لكن ان نقص بالاستعمال لزم الغاصب النقصان وقال ان فيه مضمونة باجر المثل ولا فرق في المذهبين
بين التعطيل والاستعمال وقياسي الاول غصب والثاني انه في ضمان العدم عندنا وضمان الوجود عند وقد
مالك فقال وان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها فكقول ابي حنيفة للتفاوت المنافع اموال متقومة لكونها

ثم ردها

يتفق كونه من الحبل الاول عند الغاصب

غير الآدمي فلا يصلح للصلوة الآدمي ويجري فيه النسخ والقنية بالعقد ولا تقرر بالعقد صحيحة كانت او فاسدة
بالاجماع وكذا بالغصب لان العقد للجعل غير المتقوم متقوما كالحر وعلى الميتة ولنا انها حصلت على ملك
الغاصب لانها حدثت في املاكه بصنعه وقدرته وكسبه اذ هي اكثر حادثة في ملك المالك لانها اعراض لا تبقى وما حدث
لا امكان الرجل عدم ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته الى اقامة التكاليف فالمنافع
حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يتمكن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك لكنه لا يتحقق غصبها
وانلافها وكيف يتحقق ذلك وانه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها وانلافها لكنه شرط الضمان المماثلة
والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقوله عم اذا اتلف ما يسرع اليه الفناء
فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وعما اذا استاجر الحر
للبيع ما يجري اليه بدراهم البيع فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان الوجوبات المال البيع لا
يجوز الا بالقيمة الاحسن واجيب عن الاقتضاء المماثلة للتقرير ما يكون من بيع باق وباق لا بيع باق وباق
فان السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها تقرير بين جوهرين لا بين جوهر وعرض الا ترى ان بيع الثياب
بالدراهم جائز وان كان احدهما يتلف في الاخذ عن الثاني بما ذكرنا ان الثياب جائز بدراهم البيع جائز
للتقرير مع وجود التفاوت كما ذكرنا ان الزيادة الاحسن في مال اليتيم وما لا يجد غبنا في التصرفات
وقد عرفت هذه المسائل الخارجة العلل التي هي مناط الحكم او ما ذكرتم اولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب و
ثانيا بقوله انها لا يتحقق غصبها وانلافها وثالثا بقوله لانها لا تماثل الاعيان في المختلف فيه في مختلف
الليث وقوله ولا نسلم انها متقومة جواب عن قوله المنافع اموال متقومة وتقريره انا لا نسلم انها متقومة في ذاتها
لان التقوم لا يثبت الا بحرز والاحراز في ذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يتقوم لجواز دفع الحاجة عند
ورود العقد عليها بالزامه ولا عند الامتناع فيه الا ان اكثر ما يتقوم باستعماله معتبر عليه لاستهلاك
بعض اجزاء العين

لما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم با
عتبار عرضية ان يصير متقوما باعتبار ديانة للمغصوب منه فتقوم او بتقرره في حقه الى التقوم فان
وان اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره هذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم واتلاف
الذمي خمر المسلم واتلاف الذمي خمر الذمي واتلاف المسلم خمر الذمي والاحكام على المكلف الاولين بالاجماع
واما في الاخيرين فعند الضمان عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اذا باعها الذمي من الذمي جاز البيع
عندنا خلافا له فان سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف وكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام
فان صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة في عهدهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين
واذا سقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم ومن الاحكام انها يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم
اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا فدل على ذلك قوله عم حين سأل عمال عما ذا يصنعون
بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقال لا تفعلوا ولكن بيعوها وخذوا العشر من اثمانها فقد

جعلها

جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك
وعن امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لا يجادلهم على الزنا والسيف موضوع يعني لا يجبرون على الزنا
بالالزام بالسيف لعقد الذمة وحينئذ تعذر الالزام على زنا الذمي فبقي التقوم لحقهم واذا بقي فقد وجد
اتلاف مال مملوك متقوم وذلك يوجب الضمان فيضمنه بالقيمة ونقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين
احدهما امرأته فانها لا تستحق شيئا بالزوجية من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح تستوجب
توريث المرأة من زوجها في جميع الاديان اذ الم يوجد المانع ولم يوجد ولا يتركهم ثم لم نتركهم وما يدينون
اجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون التوريث بالنكاح المحارم فلا بد من بيان وقوله عليه السلام في الميتة والدم جوز
لمتبين عليه للشافعي لم يذكر في الكتاب لان احدا من اهل الاديان لا يدين تحليلها الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت
مغلبة وبلا تذكية الخمر والكتاب بناء لا للتذكية او المذكور لان المسلم ممنوع عن تملكه لكونه اعتزالا لها بخلاف
اهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تملكها وتملكها فان جرت بينهما مبايعة جازت لهم التمليك والتملك وان
استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسليم قيمة وهذا بخلاف الربوا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع
عن تملك الخمر كذا قيل والاولى ان يتعلق بقوله نحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى آخره لانسداد ما بعده
من العطف حينئذ وقوله لانه منتهى عن عقدهم يعني بعدم الجواز لقوله عم الا من ارتكى فليس بيننا وبينه
عهد وذلك لانه فسق منهم لان الدين لتثبت حرمة الربوا في دينهم قال الله تعالى واخذهم الربوا
وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد للذمي وان المسلم اذا اتلفه لا يضمن شيئا وان كان اعتقاد الذمي ان
العبد المرتد مال متقوم وهو ايضا في الحقيقة معنى على الشافعي ووجه الجواب ان ما قلتم لم يترك التعرض
للعبد المرتد للذمي لما فيه اذ لو ترك التعرض من الاستخفاف بالدين بالترك والاعراض عنه واستشكل
هذا التعليل بما اذا اتلف على نصراني صليبا فانه يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين و
واجيب بان ذلك كون اصلي والنصراني مقر على ذلك بخلاف الارتداد وقوله وبخلاف متروك التسمية
متعلق بقوله امرنا ان نتركهم وما يدينون يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل
وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ
يجب ان يقال بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي
ووجه الجواب ما قال ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب
الضمان هذا ما قالوا وفيه بحث لان يقال لا نسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال على ترك المحاجة
مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قدمتم والجواب ان الدليل موقوف على انكم
وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال فان غصب من مسلم
خمرا ومن غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فكلاهما على وجهين لان التخليل والدباغ اما ان يكونا
بخلط شيء وبماله قيمة او لا فان خلل بغير شيء وبالتقدير الخمر الى الخل وضم اليها ودبغ بالقرظ بنخيلي وهو ورق
السلم والعفص وحينئذ اما ان يكون الخل والجلد باقيين او لا فان كانا باقيين اخذ المالك الخل بلا شيء واخذ

الجلد وزاد عليه ما زاد الدباغ فيه ولم يفصل ان ينظر الى قيمته دبغا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما
وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي قيمة كون الجلد للمبيع والفرق بين المسئلتين ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر
وان لم يكن باقيا فان استهلكه الغاصب ضمن الجلد ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه وان هلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والحجة عليه الاجماع والى دليل الاستدلال
الاجماع فلهذا لم يذكره والتنبيه على ذلك انه ان ضمن فله وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة
يوم شيء ولا ضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والفرض عدمه وقوله اما الجلد دليل
صورة الاستهلاك وهو ظاهر واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه قال
القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فاما اذا اتاه صاحبه والهرب فاخذه رجل فدبغه فليس للمالك
ان يأخذه وعن ابي يوسف ان له ان يأخذه هذه الصورة ايضا واذا كان باقيا على ملكه وهو مال
متقوم وقد استهلكه بضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه
يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وجه ظاهر ان نفس الغصب هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف
المتنازع فيه وقوله ولانه واجب الرد دليل آخر وتقريره ان الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا
فوت الرد خلفه قيمته كما في المستأجر يضمن بالاستهلاك لا بالهلاك وهذا فارق الهلاك بنفسه لانه
لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام وغيره استدل الجامع الصغير قولهما بعطي ما زاد
الدباغ فيه محمد على اختلاف الجلد يعني ان القاضي قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب
القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ اما اذا قوماه بالدراهم او بالدنانير فيلحق عند ذلك القدر ويأخذ منه الباقي
لعدم القائل في الاختلاف ثم في الرد عليه ولابي حنيفة ان الجلد مال غير متقوم بنفسه وانما حصل له
التقوم بصنعة الغاصب وصنعته متقومة لاستحالة مالا متقوم فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي
ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا للصنعة لا حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة
غير مضمون عليه فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة التبع اصله اذا اهلك من غير صنعه فان عدم الضمان
هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمونة فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك
والاستهلاك وقوله بخلاف الرجل يغصب فلسا فانه واجب الرد وتقريره ان وجوب الرد حقا قيامه
لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة لا حق للملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما والحاصل ان
الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها والرد يعتمد الملك والجلد
فيه اصلا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة وقوله بخلاف الذكي والثوب جواب عن قولهما اذا غصب
ثوبا وافسده الذكي استظهار لان التقوم فيهما اي الذكي والثوب كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ
لم يكن تابعا للصنعة والتقوم يوجب الضمان وقوله له الجلد فيما زاد المالك ان يدعه على الغاصب
هذه الرجوع ان الدباغ فيه يبقى صفته ويضمنه قيمته فلا يصلح ذلك بلا خلاف لان الجلد لا قيمة
له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة فيكون له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك وقوله لانه اذا ترك دليل

ان في

ان في المسئلة خلافا لا دليل المتخالفين ووجهه ذلك انه اذا ترك الجلد على الغاصب وضمن عجز الغاصب
عن رده فصار كالاستهلاك وهو ان الاستهلاك على هذا الخلاف على ما بيناه آنفا وفيه نظر لان التضمين في
الاستهلاك لا من جهة الغاصب وانما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في
صورة تعدي فيها الغاصب جوازه فيما لم يتعد كذلك ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فقيل يضمنه قيمة جلد
مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ
بما له قيمة وخلط بغير خلط شيء واما اذا دبغ بما لا قيمة له كالقرظ والتمر فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل
الثوب وهو لا يزيد ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته لا قولهم جميعا لانه صار مالا على ملك
صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعا حقا للمالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في
كيفية الضمان فقيل يضمن قيمته مدبوغا وقيل ما فاته غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر
واذا خلط الخمر بالخل الملح فيه قال المشايخ صار الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند ابي حنيفة وعندهما اخذه
المالك واعطى ما زاد الملح فيه كما في دباغ الجلد وقوله قالوا يشير الى ان ثمة قولا آخر وهو ما قيل ان هذا
والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى انه لم يشر اليها قوله وهو على ما
قيل وقيل يكون مرفيا اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فاراد
المالك الى ان قال فيدلي له ذلك وفيدلي له ذلك عند ابي حنيفة وقوله وهو على اصله ليس باستهلاك وابي
اصل محمد فان اصله وهو قوله الى يوسف ايضا ان خلط الشيء ليس باستهلاك وحينئذ كان
الخل شركا بينهما فاذا اتلفه فقد اتلف خلطه وغيره فيضمن خلطه مثل خلط المغصوب منه وقوله وهو الغاصب
في الوجهين يعني ما اذا صارت خلا من ساعته او بعد زمان وقوله اخرجوا جواب الكتاب يعني الجامع الصغير
وهو قوله لصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ومعناه ان بعضهم حملوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء
في تقدم وبعضهم اجروه على اطلاقه قالوا له المالك ان يأخذ الخل في الوجهين كليهما وهو التخليل بغير شيء والتخليل
بالقاء الملح والتخليل بقلب الخمر فيها لان الملح فيه يجعل مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما قال
ومن كسر لمسلم ربعا او طبلا قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم زقا وهو آنية من آنية الخمر والطبل
والمزمار والدف معروفة وقوله اهراق له سكرا اي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحريك الهاء واهراق
يهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلاهما الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب فلك الانسان
مال غيره بلا رضاه في كلتيهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكثرة الحاجة الى معرفة الاحتراز
عنه مع كثرة تكرره اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمهر كالشفعة او
جب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع
وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشترى الى عقار الشفيع وفي الشريعة عبارة عن تملك المرء ما انتقل بعقد
من العقار على المشتري بثمنه او جوار قال الشفعة واجبة للخليط الشفعة واجبة اي ثابتة

للخليط لا نفس المبيع اي للشريك ثم للخليط لا حق له في الشرب والطريق ثم للجار يعني الملاصق قال المص فقد
هذا اللفظ يثبت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وان دل الترتيب والدليل على الاول ما روي عن رسول الله
عم الشفعة للشريك لم يقاسم اي يثبت الشفعة للشريك واذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه
قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الاخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة وقوله
عم جار الدار احق بالدار والارض ينتظر وان كان غايبا اذا كان لهما طريقا واحدا والمراد بالجار الشريك
لا حق الدار بدليل قوله اذا كان لهما طريقا واحدا وقوله ينتظر وان كان غايبا يعني يكون على شفعته مدة
غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق ثبت بسببه اذا كان غايبا قيد معناه احق به عرضا عليه للبيع الا ترى
انه قرن الحق بالانتظار اذا كان غايبا واجيب بانه صلى الله عم جعل احق على الاطلاق قبل البيع وبعده وقوله
ينتظر تقرير لبعض ما شمل كلمة احق وموكونه على شفعته مدة الغيبة وقوله الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله
ما سقبه قال شفعته وفي رواية الجار احق بشفعته والحديث الاول يدل على ثبوت الشفعة للشريك في نفس
المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث للجار وقال الشافعي لا شفعة للجار لقوله عم الشفعة فيما لم يقسم
فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ووجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عم الايمة من قريش
فتختص الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم تكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع
والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله ولان حق الشفعة دليل له معقول وتقريره ان حق الشفعة
معدول به عن سنن القياس لما فيه من غلك المال على الغير بلا رضاه فلان الواجب لا يثبت حق الشفعة
اصلا لكثرة الضرر فيما لم يقبل القسمة غير اصلي ولا دلالة اذا لم يكن له معناه من كل وجه وهذا اي
الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى كاوره الشرع لان ثبوتها فيه لعزوف دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله
لا اصلاي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه لا الزرع وهو المقسوم وبتمام مرعى كلامه ان نزاعه ليس في الجار وحق بل في
وفي الشريك لا حق المبيع لانه مقسوم ايضا وفيما لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام ولنا ما روينا من الاحاديث من قوله
عم جار الدار احق بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عم الجار احق بسقبه رواه البخاري
وابو داود والاستحقاق الشفيع متصل بملك الدخيل اتصالا ثابتا بدوام قراره وهو كما هو لانه المفروض وقوله ثابتا
احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرارا احتراز عن المشتري شراء فاسدا لانه لا قرار له لوجوب النقض
دفعا للفساد كما هو كذلك فلا حق الشفعة عند بعضهم للمعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والهبة
والمجعولة مهرا الحاقا بالدلالة عدم الشرع وهو ما لا يقيم ولا معنى لقوله وهذا ليس له معناه لانه في معناه اذ
الاتصال على هذه الصفة يفيد اتصال التابيد والقرار وانما انتفى موجب الشرع لدفع ضرر الجوار اذ
الجوار مادة المضار من ايتاد النار واثارة الغبار وضيق الدار واعلاء الجدار للاطلاع على الصغار
والكبار وقطع هذه المادة بتملك الاصيل يعني الشفيع اولى لان الضرر لاحقه بازاحة عن خلقه ابانا قوي
فيلحق به دلالة وحاصله ان الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع اسهل من الرفع قوله وضرر القسمة مزيل

جواب عن قوله لان مؤنة القسمة ملزمة جعل العلة المؤنة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة
القسمة فانه لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة لمطالبة المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر
لمكنة الشرع من اخذ الشفعة دفعا للضرر عنه وتقرير الجواب ان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة
لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذكر الجواب عن الاستدلال بالحديث لانه في حيز التعارض
وقد اجاب بعضهم بان قوله عم الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما
عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق الا لزام بانه معلوم على عدم الشفعة بالامرين
وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة وانما
نفي الشفعة في هذه الصورة لانها موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكل انه هل
يستحق بها الشفعة او لا فبين رسول الله عم عدم الشفعة فيها والدليل على الثاني على الترتيب قوله
عم الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال المص فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق
المبيع والشفيع هو الجار وكلامه على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي لان الاقتصار دليل عقلي على
الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله ولان ضرر القسمة يعني قد ذكرنا ان دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق
فكذا ان لم يصلح علة الاستحقاق صلح مرجحا لان الترجيح ايدا انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق
قال ولو سلم الشريك في الطريق والشرب اذا ثبت الترتيب ثبت المتاخر لحق التقدم اذا سلم المتقدم
لا كما هو الرواية فان سلم فللمتاخر ان ياخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حقه الا ان للشريك
حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليمكنه الاخذ اذا سلم
الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وابو يوسف على غير ظاهر الرواية جعل المتقدم
حاجبا فلا فرق اذ ذاك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون لا يعرف منه لا في منزل لصيق له
من الدار مثلا ان يكون له دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم
على الجار في بقية الدار لاصح الروايتين عن ابي يوسف لان انتقال الدور لان المتقدم من حقوق الدار ومرافقه
ولهذا يدخل في بيع الدار من ذكر مع كل من مولها والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو منزل بين البايع
والشفيع وذلك لا حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع والرواية الاخرى انه والجار سواء
لا بقية الدار ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وتسر الحاجة اختيار من
بين النفس بالمدخل والخروج من الدار كل قطعة على حيالها فيها شجر ولا شاربة شجر وكذا
استحقاق الشفعة لا الكنة واحاله على ما ذكره كتاب القضاء وهو قوله لان فتحه للمرور لا حق
لهم لا المرور واصله لكان استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب بينه زمان فكان له ولاية
فتح الباب لا سكة فله استحقاق الشفعة لا تلك السكة ومن لا فله وقد تقدم صورة ذلك ومن له
الولاية ومن ليس له ذلك لا ذلك الكتاب ولو كان نهر صغير يؤخذ منه نهرا صغيرة وتدور على ضيعة
الطريق تحاذيه يعني قوله وان لا سكة غير نافذة تنشعب منها سكة غير نافذة الحاجز

[illegible]

قال استحقاق الشفعة هناك باعتبار جوار التطرق فلذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع ارض متصلة
بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الكبير كما في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة
العظمى وقد مر مسئلة صاحب الجذوع وهو واضحة وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان العلة هي الشركة في العقار
قال ـــــ واذا اجتمع شفعة ش اذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على اعداد رؤسهم لا على الملك فاذا
كان دار بين ثلثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة
قضي بها بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي اثلاثا على قدر ملكيهما لان الشفعة من مرافق الملك لانها لتكميل
منفعته فكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالربح والغلة والولد والثمر ولنا انهم استووا في سبب
الاستحقاق وهو الاتصال لانه بكماله لو انفرد واحدهم استحق كل الشفعة وهذا اية كمال السبب والتساوي في
سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه لا محالة لئلا يثبت الحكم بدون دليل فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وهو
الكثير اكثر اتصالا فانى يتساويان اجيب ـــــ بعد وكثرة الاتصال يؤدي بكثرة العلة لان الاتصال
بكل جزء علة لما ذكرنا ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والترجيح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته
ولا قوة هنا لصحوره الاخرى عن ابطالها اجنبيا يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما استحق شيئا لان
المرجوح يندفع في مقابلة الراجح وعورض بان العلة الاجتماعية قد يستلزم ما لا يستلزم الافراد فيجوز
ان يكون صاحب القليل عند الانفراد يستحق الجميع واذا انضم اليه صاحب الكثير تفاوتا كالابن فانه
يستحق جميع التركة عند انفراده والثلثين مع البنت واجيب بان العلة الاجتماعية مطلقا يستلزم
ذلك او التي لم يجتمع علتين مستقلتين والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من علتين مستقلتين
والعلة الاجتماعية منهما لا يستلزم زيادة والا لزم الترجيح بكثرة العلة وليس بصحيح الاخوات الثلث ملاس
والادلة سواء ولم تستلزم العلة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه اذ لم يجتمع في
الابن علتان انضمت احديهما الى الاخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار نقصان الانثى بعضوية
بجعل الشارع كذلك من حيث الحالات وقوله وتملك ملك غيره جواب عن جعل الشفعة من ثمرات الملك
يعني ان التمكن من التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد
ذلك من ثمرات ملكه قوله ولو اسقط بعضهم يعني اذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو
اما ان يكون قبل القضاء لهم او بعده فان كان قبله فالشفعة للباقين بالكل على عددهم دون
انصبائهم كما تقدم لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والانتقاص كان للمزاحمة وقد انقطعت
بالتسليم ولو كان البعض غائبا يقضي بها بين الحاضرين على عددهم لا الغائب لعله لا يطلب وقد لا
يطلب فلا يؤخر حق الحاضرين بالشك فان قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر فطلبها يقضى له بالنصف
فان حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية وان كان بعد القضاء لم يجعل
للآخر ان يأخذ الا النصف لان القاضي لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا عليه في حصة صاحبه
فيما قضى به لصاحبه والمقضي عليه وقضيته لا يصير مقضيا له ولا فرق في هذا بين ما [illegible]

وبين

[illegible]

وبين ما يكون بعضهم اقرب كالشريك مع الجار وكذا لو سلم الحاضر بعدما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم
الا النصف وهي مسئلة الكتاب بسبب قضاء القاضي بالكل للحاضر فقطع حق الغائب عن النصف بخلاف
ما قبل القضاء قال ـــــ والشفعة تجب بعقد البيع ش المختصر الشفعة تجب بعقد البيع
وهو يوهم ان الباء للسببية فيكون سببها العقد وليس كذلك لان سببها الاتصال على ما بيناه
بمعنى في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ رحمهم الله لانها
انما يجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البايع
بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حق البيع وللجار لتحقق ذلك ورد بانه لو كان الاتصال
السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب لانه عن سائر الحقوق بعد وجود السبب صحيح و
اجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق
صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل واجيب بان ذلك شرط الوجوب
والكلام وانما هو شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط متفق عليه قوله والوجه فيه اي
في هذا التأويل ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار ورغبته عنه امر خفي لا يطلع عليه
فاقيم دليل ظاهر يعرفه وهو البيع فيقام مقامه والحاصل ان الاتصال بالملك سبب والرغبة عن
الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه يدل ان البيع اذا ثبت في حق الشفيع باقرار البايع
به صح لانه يأخذ وان كذبه المشتري وتشفعها اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان قيل
فقد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان ذلك يترتب البقاء لخيار البايع بخلاف الاقرار فانه
يجب به عنا انقطاع ملكه عنه بالكلية فهو عليه كما زعم والهبة لا تدل على ذلك لان [illegible] الواهب
الملك فائتة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية قال ـــــ وتستقر بالاشهاد للشفعة
احوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالاشهاد وهو بعد الطلب لانه
من طلب المواثبة اي طلب الشفعة على المسارعة كما في الطلب طلب المواثبة لتلبسه بها لانه اي لان الشفعة
ذكرنا انه نظرا الى الجزء حق ضعيف يبطل بالاعراض قال ـــ وتم الشفعة كحد العقار فيتعلق به وهو
كناية عن صورة الشفعة وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على انه اعرض عنه او دام عليه والاشهاد
والطلب دال على الدوام فلا بد منها لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتملك
وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي والدليل المذكور ظاهر وقوله ويظهر فائدته هذا
اي فائدة الملك ان الدار المشفوعة بعد الطلب الى وقت اخذ الدار باحد الامرين المذكورين وقوله في الصور
الاولى يعني اذا مات الشفيع لا يتم تملكها فلا يورث عنه وقوله الثانية يعني اذا باع دار الشفيع زوال السبب
وهو الاتصال قبل ثبوت الملك وقوله الثالثة يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل ملكها
علله بما عنها وقوله ثم قوله يجب بعقد البيع يعني قوله الا قد قيل بابطال الشفعة والخصومة فيها
لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه قال ـــــ واذا علم الشفيع

بالبيع كلامه ظاهر لا يحتاج الى بيان سوى الفاظ نبه عليها طلب المواثبة سمي بها بلفظ الحديث
الشفعة لمن واثبها اي طلبها على وجه السرعة والمبادرة قوله وهو ان يطلبها كما علم اي خبر الشفعة سواء كان
عنده انسان او لم يكن وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب لانه حق ضعيف وقوله والاشهاد فيه
ليس بلازم لانه نفي الجاحد ربما يجحد الخصم فيحتاج الى الشهود وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات
الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد لاذلك ليس بشرط وقوله بكل لفظ يفهم منه طلب
الشفعة قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل لمن وبي بيع ارض بجنب ارضك فقال شفعته
شفعة كان ذلك منه طلبا صحيحا وقال الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة واخذتها بطلت
شفعته لان كلامه وقع كذبا في الابتداء فكان كالسكوت والصحيح انه لا يبطل لانه انشاء عما في
سلم من قال لو قال الطلب واخذ بطلت عنده محض والخبر بما ذكره المص وقوله واصل الاختلاف في فرد
الكتاب وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب ادب القاضي
واراد باخراج المولى اذا اخبر بجناية عبده ان يفدي والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر قوله بخلاف
المخيرة اذا اخبرت عند ابي حنيفة يعني ان المرأة اذا اخبرت بان زوجها خيرها في نفسها ثبت
لها الخيار بعد ما كان المخير او غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والا فلا لما ذكرنا ليس فيه
الزام حكم بشرط في احدى شطري الشهادة وقوله او على البتاع يعني المشتري او عند العقار قال شيخ الاسلام
الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشري
حال غيبته عن المشتري والبايع والدار اما اذا سمع الشراء بحضرة احد شهود فطلب طلب المواثبة واشهد على ذلك
فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان تركه الاقرب من بلد الثلثة وقصد الابعد وما نزل في مصر واحد بطلت
الشفعة قياسا ولم يبطل استحسانا لان نداء المصر جعلت كناحية واحدة ولو كان احدهم في المصر والآخران في
مصر آخر او في رستاق هذا المصر فترك الاقرب الى الابعد بطلت قياسا واستحسانا ثم من هذا الطلب مفتقر بما
يمكنه من الاشهاد عند حضرة احدهما فلا حتى لو لم يمكنه ولم يطلب بطلت شفعته قوله ولا يسقط بتاخير هذا
الطلب بريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا انكر من غير عذر لانهم اجمعوا على انه
اذا انكر بعذر من حبس او غيره ولم يمكنه التكبير بهذا الطلب لا يبطل شفعته وان طالت المدة قوله
وما ذكر من الجواب عن قول محمد يعني ان الشفيع اذا كان غائبا لم يبطل شفعته بتاخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق
حتى المشتري بين الحضر والسفر لزوم الضرر كما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر
نقله النهاية عن الذخيرة ان الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشرى فانه ينبغي ان يطلب طلب المواثبة ثم له من
الاجل على قدر السير الى المشتري او البايع او الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر
السير الى احد هذه الاشياء قبل ان يطلب او ان يسعى من يطلب فلا شفعة له واذا عزم
الشفيع الى القاضي هذا هو الموجود بقوله وسنذكر كيفيته من بعد الكلام ظاهر قوله لا اختلاف اسبابه
فانه على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو مجوز بغيره او لا وبتي ظن ما يسبب كالجار الملاصق

سببا

سببا فانه سبب عند شرائه اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان وقوله ثم دعواه فيه لم يعد بل لا بد وان
يسأله فيقول هل قبضت المشتري المبيع اولا لانه لو لم يقبضه لم تصح الدعوى على المشتري حالم يحضر البايع ثم يسأله
عن السبب ثم يقول من اخبرت بالشرى وكيف صنعت حتى اخبرت به ليعلم ان المدة طالت او لا فان عند
ابي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وهذا لا يلزم المص لانه ذكر ان الفتوى
على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد اذا قال طلبت حين علمت
او اخبرت من غير ان سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غيرها اخبر سأله عن المطلوب
بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه ثم يقبل على المدعى عليه فان اعترف بملكه
الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهرة محتملة لاحتمال ان يكون بيد ملك او اجارة او عارية والمحتمل
لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان اقام فقد تورد دعواه وان عجز استحلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم ان
الشفيع مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه امرا لو اقر به لزمه فاذا انكر لزمه اليمين على
العلم لكونه استحلافا على ما في يد غيره فان نكل يثبت دعوى الشفيع فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه
هل ابتاع امرا لا فان اقر فذاك وان انكر قيل للشفيع اقم البينة فان اقامها قضى له وان عجز عنها استحلف
المشتري على انه ما اشتراه وطلب الشفعة عليه من الوجه الذي ذكر فهذا على الحاصل والاول على السبب
وذكرنا الاختلاف فيه بريد ما ذكره لا فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى قال
ويجوز المنازعة في الشفعة ويجوز المنازعة في الشفعة ان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى
القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المص وهذا ظاهر الرواية الاصل ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح
في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على ان القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري ان
يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه او من ورثته ان مات وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الثمن الشفيع وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع قد يكون مفلسا فيستوفي الثمن وعلى احضاره حتى لا يتوى مال المشتري والفرق
بين هذا وبين المشتري مع البايع ان البايع ازال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد اقر بنقله عن اختياره
فله ان يتمكن له بابطال ملك المشتري وانما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع فاما المشتري معنا فلم يزل ملك
نقله عن اختياره لبقاء اقراره بنقله قبل وصول الثمن اليه بل الشفيع يتملك عليه كرها دفعا للضرر عن نفسه
والمال يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ولا يضر الضرر عن المشتري وبابطال الشفعة
اذا طالبه دفع الثمن وجه ظاهر الرواية انه لا ثمن له عليه فلا يقضى وهذا لا يشترط تسليم ما ليس
بثابت عليه لا يشترط احضاره فله تدمن القضاء بها ليتمكن المشتري من المطالبة واذا قضى له بالدار
فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد ايضا لانه قضاء مجتهد فيه ووجب
عليه الثمن فيحبسه فيه فلو اختار اداء الثمن بعدما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانه تاكيد
بالخصومة عند القاضي قال وان حبس الشفيع البايع وان حبس الشفيع البايع الى الحاكم
والمبيع لا بد له ان يخاصمه لو الشفعة لان البدل وهو بدل مستحقة له او حبسه كبد للمالك ولهذا كان له ان

بجد حتى يستوفي الثمن ولو هلك لا يدع هلك من ماله وأما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير
ومن لا يد له لذلك فلو خصم من ادعى عليه الآن الحاكم لا يسمع البينة على البايع من يحضر المشتري فيفسخ البيع
بحضرته ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه وهذا جار قضايا كالمشتري اما كونه خصما فقد
بيناه واما كون المشتري لا بد من حضوره مع البايع لسماع البينة فلعلتين اشترك احديهما مع البايع و
تفرد بالاخرى اما ما اشترك فيه ما ذكره بقوله لان الملك للمشتري واليد للبايع والقاضي يقضي بها للشفيع عليهما
ولا بد من حضور المقضي عليه للقضاء بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت فان حضور البايع اذ ذاك
غير معتبر لصيرورته اجنبيا لم يبق له ملك ولا يد واما ما تفرد به فهو ما ذكره بقوله وهو ان البيع لا حق للمشتري
اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه واما كان فسخ البيع يوجب العود على موضوعه بالنقض
والمسئلة لان نقض البيع انما هو لاجل الشفعة ونقضه يفضي الى انتفائها لكونها بينة على البيع
وجه النقض بقوله ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان يفسخ لا حق الا اضافة لان قبض المشتري مع ثبوت
حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممتنع واذا كان ممتنعا فات الغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع
فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذواتها لكنه يبقى ملك البيع اعني الصادر من البايع
وهو قوله بعت مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفاذه فانه لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض
فيتحيل لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشتري من البايع وهذا لان الشفعة ثابتة في
الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كان متعذرا لعدم حصول المقصود وان فسخه من حين وجدها
وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال
بعضهم ينتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار
الرؤية اذا كان المشتري قد رآى كثيرا ذلك كما سيأتي ولما كان له ان يرد الدار اذا اطلع على عيب و
المشتري اشتراها على ان البايع برئ من كل عيب بها كثيرا ذلك واجيب ان العقد يقتضي سلامة
المعقود عليه من العيب انما تغير حق المشتري بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرؤية وبقول المشتري بالعيب
تعود الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل قوله فلهذا ارتفعت الصفقة اليه يرجع بالعهدة
على البايع لانه بايع كما كان ولو كان بعقد جديد لكانت على المشتري بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه الشفيع
من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال ومن اشترى دارا بعبد فرد بالخيار
والمشتري اذا كان وكيلا فاما ان سلم البيع الى موكله بتسليم الخصومة او لا فان كان الاول فهو الخصم للشفيع لانه هو
العاقد والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد والاخذ بالشفعة من حقوقه وان كان الاول فالموكل هو الخصم لانه
لم يبق للوكيل يد ولا ملك وهذا لان الوكيل بالبيع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليم الى
الموكل كتسليم البايع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذا الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء
من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل جميعا شرطا في الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار بيد الوكيل كما ان
الحكم كذلك في البايع والمشتري على ما تقدم اجاب المصنف بقوله الا انه مع ذلك قام الموكل لكونه نائبا

عنه

عنه فيكتفي بحضوره والبايع ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره قوله وكذلك اذا كان البايع وكيلا
لحاضر وقوله وكذا اذا كان البايع وصيا يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا وتعلق له
بما نحن بصدده اختلافا لما يتعاطى الناس عليه فان بيعه به لا يجوز والمراد به كون الورثة صغارا فان
الوصي يبيع التركة اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم مستغنون عن النظر لانفسهم وقوله واذا انتهى
للشفيع بالدار الى آخره ظاهر وقد ذكرناه ايضا

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما
قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البايع والمشتري
لكنهما يساكنان الاصل من كل وجه لكن الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار باقل الثمنين والمشتري لا يدعي شيئا
لتخير الشفيع بين الاخذ والترك فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجز عن اقامة البينة كان القول للمشتري
لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل والشفيع مقر بالنقد المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان
الدار ثمنه تعرف لا هو المقضي عليه من كل وجه وان اقاما البينة فهي للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
رحمه الله هي للمشتري لانه اكثر اثباتا فصار كبينة البايع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة فان
للبايع وكيلا بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري مع العبد ومع
بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأذون فانها للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة ولهما
انه لا تنافي بين البينتين لان الشفيع لجواز عقيب البيع مرة بالف واخرى بالفين على ما شهد عليه
البينات وفسخ احديهما بالاخر لا يلزم لان الشفيع لتأكد حقه لجاز ان يجعلا موجودين لاحقه ولذا ان
ياخذ بايتهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا باقتضاء الاول فالجمع
بينهما غير ممكن فيصار الى اكثرهما اثباتا لحاجة المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو التخريج لبينة
الوكيل لان الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري فلا يمكن الى العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر
التوفيق على انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل لان الوكيل صار منه
اقرار ان ابي يجب ما يوجبه البينات فكان للموكل ان ياخذ بايتهما شاء واما المشتري من العبد و
فقد صرح الشيخ الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف وليس شك ان
البينة للمشتري فذلك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يجوز البيع الثاني هنا لان الاقل فسخ
وقلت لمرية ابي حنيفة في هذه المسئلة على ما محمد واخذها وقد ولان بينة الشفيع ملتزمة لانها
اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء او ابى والملتزم منها اولى بالقبول
للالزام وبينة المشتري غير ملتزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء لكنه مخير بين ان ياخذ
او يترك وغير الملتزم مسقط في مقابلة الملتزم غير مغير لمرية اخرى له على ما ابو يوسف ولم ياخذها
وعلى هذا وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البايع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحد
منهما ملتزمة فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة ورجحنا بينة المولى القديم لكونها ملتزمة على بينة

المشتري من العقد لانها غير ملزمة فا ـــــ واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه
اذا اختلف البايع والمشتري في الثمن فاما ان يكون مقبوضا او غير مقبوض او يكون القبض غير ظاهر
غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما ان يدعي البايع اقل او اكثر فان كان اقل اخذها الشفيع
بما قال البايع وان كان فوق ذلك حط عنه المشتري والوجه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولان التمليك
وجه آخر وانما كان التملك على البايع بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء الا بعد ان لو اقر بالبيع
واكذب المشتري ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان اكثر وليس لهما بينة
تحالفا وترادا بالحديث المعروف وانما كان لهما ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف ويأخذها الشفيع بدعوى البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق
الشفيع وان كان الفسخ بالتقايل لان الفسخ حينئذ انما هو للمساومة لا ابطالا لحقه وان كان مقبوضا
اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وان كان غير معلوم
القبض فاما ان يقر البايع بالقبض او لا وان كان انه لم يذكره في الكتاب فالظاهر ان حكمه حكم ما اذا كان
غير مقبوض وان كان الاول والفرض ان المشتري يدعي اكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقر
او لا يعترف بالثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف وقبض قبضت
الثمن اخذها الشفيع بقول البايع ايضا لان له اذا بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار فقد ثبت الشفعة به اي
بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع المتعلق بالقدر من الثمن لانه اذا
تحقق ذلك بقي اجنبيا من العقد اذ لا ملك له ولا يد وحينئذ يجب ان يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم
ان الثمن اذا كان مقبوضا اخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع فيرد عليه قوله قبضت
وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن من غير ان يلتفت الى قوله ويأخذها بما قال المشتري لان الاقرار
بقبض الثمن خرج من اليد فصار اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان البيع اذا كان في يد البايع والدار بقبض الثمن وزعم انه لم يقبض فالقول قوله لان التملك يقع على
البايع فيرجع الى قوله وهذا ظاهر لانه لم يصر اجنبيا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالكا

فصل فيما يأخذ به المشفوع

لما فرغ من بيان احكام المشفوع
وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة ذكر ما يأخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه
الشفيع الى الثمن تابع فا ـــــ واذا حط البايع عن المشتري حط بعض الثمن والزيادة
فيه تشيع بان في باب الحط للرابحة دون الشفعة لان في المرابحة ليس في التمام الزيادة ايجاب حق يتحمل
تحملا في الشفعة فان في الزيادة ايجاب حق يثبت للشفيع باقدامه وعلى هذا يخرج ما ذكره في الكتاب
ان البايع اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع
لم يسقط عنه شيء لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن
والثمن ما بقي واذا حط بعد رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق

او بعد القبض

باصل

باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه وقد بينا في البيوع فصل قبض الربا وباقي كلامه ظاهر
قوله ومن اشترى دارا بعرض او متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا اخذها الشفيع بقيمة اي بقيمة العرض
لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان
الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما ملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل اخذه
ملكه به والا فالملك من حيث المالية ومعنى القيمة وقوله بالقدر الممكن حتى يشفع الحلي والجواب عما قيل القيمة تعرف
بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الا ترى ان الشفيع لو سلم شفعته الدار
على ان يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعته في الجميع لكون قيمة البيت مما يعرف بالحزر
والظن ووجهه ان مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون مجبرا على ان البيت فان اخذه بثمن معلوم
ممكن فانتفت الجهالة مانعة قوله وان باع عقارا بعقار لهما وجهه ما تقدم واذا باع بثمن مؤجل
الى اجل معلوم فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر الى الاخر حتى ينتهي الاجل
ثم يأخذها وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه
وليس له ان يأخذها الا بثمن مؤجل عندنا وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي الذي لان الاجل
وصف الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة بدل بالثمن فيأخذ باصله ووصفه كما في الزيوف
ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المبتاع فلا اجل فيما بين الشفيع
وبينهما وقوله وليس الرضى دليلا آخر تقريره لا بد له الشفعة من الرضا كونها مبادلة ولا رضا في حق
الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضا في الشفيع لتفاوت الناس في الملاء
بفتح الميم وهو مصدر ملئ الرجل بالضم والكسر اذا كان الرضا شرطا وعلى ان لا يثبت حق الشفعة
لانتفائه من البايع والمشتري جميعا وحيث يثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان
ثبوته بدونه جوزوه لا مجوزون في ثبوت الاجل وقوله وليس الاجل وصف الثمن جواب عن قياس زفر
ان وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري والثمن حق البايع وقوله وصار كما
اذا اشترى شيئا ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لامتناع تبعيض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو
يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره او آخر بابه لطلب الشفعة وقوله وان اخذها من المشتري رجع
البايع على المشتري بثمن مؤجل الى آخره يوهم ان الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ
كما تقدم وليس كذلك بل هو يأخذ بحكم الصفقة الاولى وهو المختار لكن يحتاج الى بيان مقتضى العقد والاجل
مقتضى العقد فيبقى مع من يثبت الشرط له حقه وقوله وان اختار الانتظار ظاهر وقوله لقوله اي يكلف
الآخر احترازا عن قول الاوزاعي وابن ابي مالك ان البايع يكلف ان يقيلا او لا كفلهما ثم رجع وقال له ان
يأخذها عند حلول الاجل وان لم يحل الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو الحال لا يتمكن منه على
الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل وبثمن مؤجل والحال لا يتمكن من ذلك
قلنا فائدة الطلب الحال تكون لعدم الوثوق بالطلب لاعراضه عن الاخذ ووجه قولهما وقوله او لا

ماذكره الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع اي عند العلم به واشتراط الطلب عند ثبوت
حق الشفعة ويجوز ان يكون تقريره هكذا اشتراط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع
ويشترط الطلب عند العلم بالبيع واما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز ان يتاخر الى انقضاء
الاجل وقوله وهو متمكن من الاخذ في الحال يدرك الاخذ وتقريره لانه ان المقصود به الا
خذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا فا
واذا اشترى ذمي خمرا او خنزيرا واذا اشترى ذمي خمرا او خنزيرا وشفيعه ذمي اخذها
بمثل الخمر وقيمة الخنزير ووجهه ظاهر وقوله وشفيعه ذمي احتراز عما اذا كان مرتدا فانه لا شفعة
له سواء قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث وان كان شفيعها
مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير فالمراد الخنزير فلما هو لكونه من ذوات القيم فاشكل
بان قيمة الخنزير لا حكم عين الخنزير ولهذا لا يعتبر العاشر من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر
والجواب بان مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف
ما اذا مر على العاشر ولم يعرف معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى من اسلم من اهل الذمة او من تاب
من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري مع يمينه اذا اختلف الشفيع
والمشتري في مقدار الثمن واذا اسلم احد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لقوله لتعين
المستحق بالعقد والاسلام عنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة
وجوب الشفعة باصل البيع وقد كان صحيحا وبتاقي يشترط لبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر
فصل الاصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه او بفعل الغير
عارض فان جد برا بالتاخير فعل على حدة واذا بنى المشتري او غرس ثم اخذ الشفيع بالشفعة
فهو بالخيار ان شاء اخذ الارض بالثمن الذي اشتراه المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري
قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وهو
اخذ قول الشافعي وله قول آخر بقوله ان يقلع ويعطي قيمة البناء لا يخلو من انه محق في البناء لانه بناه على انه
ملكه والمحق لا يكلف قلعه لان تكليف القلع من احكام التعدي والمتوضح ذلك بالموهوب
له فانه اذا بنى ليس للواهب ان يكلفه القلع ويرجع في الارض وبالمشتري شراء فاسدا اذا بنى وبالمشتري
اذا زرع فانه ليس له ان يكلف قلع الزرع بالاتفاق وهذا اعني انه لا يكلف لان ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين عن المشتري وهو القلع من غير رضاه بتحمل الادنى وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة
البناء لوجود ما يقابله وهو البناء والغرس فيجب الصير اليه وجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى في محل
تعلق به حق بناء كذلك للغير عيشا لا يقدر على استلامه لعجزه من غير تسليط من جهة من له الحق وكل من
بنى لا ذلك نقض بناؤه كما راهن اذا بنى المرتهن والمرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق
احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فان بناءهما حصل بتسليط الواهب والبايع وهذا

اي نقض

اي نقض البناء على حق الشفيع لان حقه اقوى من حق المشتري والجواز ان يكون هذا بيانا لكثير حق
الشفيع مثاله كما لانه اي الشفيع يقدم عليه اي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته
كما اذا رتبه وجعله مسجدا او مقبرة فكذا ينقض حقه في بناء وغرسا بخلاف الهبة متصل بناؤه من غير تسليط
من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وان
قيد بقوله عند ابي حنيفة لان عند ابي يوسف ومحمد لا يرد الفاسد اذا بنى المشتري والمشتري انما هو قوله
واما عندهما فالاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية وقوله ولان حق الاسترداد معطوف على
قوله لانه حصل بناؤه اي في الهبة والبيع الفاسد ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق اي حق الشفعة
يبقى ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدم تكليفه لحق قوي يؤيده فلان الاسترداد بعد البناء في
البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يفيد والجواب انه يكون على غير ظاهر
الرواية او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يجز نسخه وهو قوله فله معنى لايجاب القيمة راجع الى ما قبله الكلام فيه
اذا ثبت التكليف بالقلع فله معنى لايجاب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المشتري والمشتري بان بنى
او غرس ثم استحق رجع المشتري بالثمن وقيمة البناء والغرس على البايع دفعا للضرر فكذلك هاهنا
وقوله وان زرع يتعلق جوابه بقوله وكذا اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين لان قوله وهذا لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فيتضمن ذلك لان البرجبي دفع اعلى الضررين
بالاهون اما يكون بعد المساواة في اصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وكذا يجب بالترتيب بناء
المشتري في الدار المشفوعة وغصبها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين ان ياخذها ويعطي ما زاد
فيها بالصنع وبين ان يتركها واجيب بانه ايضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق ان النقض لا يتضرر
به المشتري كثير السلامة النقض له بخلاف الصنع وقوله وان اخذ بالقيمة معطوف على مقدر دل عليه التخيير
وتقديره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء اخذ بالقيمة فان كلفه قلعه وان اخذ بالقيمة يعتبر
قيمة مقلوعا كما بينا في الغصب والاخذ بها الشفيع بنى فيها او غرس فاستحقت الارض رجع بالثمن لا يرجع
اخذه من البايع او المشتري لانه تبين ان اخذه كان بغير حق وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس
ايضا لانه متملك على المشتري فيكون منزلة البايع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع
على البايع بالثمن وقيمة البناء وكذلك الشفيع والفرق على المشهور من الرواية ما ذكره ان المشتري مغرور
ومسلط على البناء والغرس من جهة البايع ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه فا
واذا انهدمت الدار كلامه ظاهر والتفريع يشير الى ان قوله من قال انهم يعني الثمانية عنى ان البناء
اذا احترق لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا اعترف بعض الارض مستحقة حصته من الثمن ولا تسلم
اعتبر وانعدام الماء وانه لا ينشفها لعلة التفاوت منشاء النزول لبس فعل الناس وانما منشاه لان البناء
وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا فاتت من غير صنع احد واما بعض الارض فليس بوصف
لبعض آخر فلا يتمكن استقلال حصة ما عرف من الثمن وان نقض المشتري فالشفيع ان شاء اخذ الغرس

بعضها من الثمن وان شاء ترك لان البيع صار مغصوبا بالنسبة في قيامه شيء من الثمن وقدر المبيع
وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مغصوبا فلم يبق تبعا فبقي منقولا ولا شفعة فيه وقوله ومن ابتاع
ارضا ظاهر وقوله وما كان مركبا فيه يعني مثل الابواب والسرد المركبة وقوله على ما عرف في ولد المبيعة يعني ان الجارية
المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يحكم ببيع الى الولد حكم البيع حتى يكون الولد ملك المشتري لا الام
وقوله والفصل بين يديه ما اذا كان في الفعل ثمرة وقت الشراء جذ المشتري وما اذا لم يكن ثم ثمرة ثم جذ ثم
جاء الشفيع لا غلة العلة وهو عدم الاتصال لان البيع انتهى به وقد زال وقوله والكتاب يعني مختصر القدوري

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل
ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر الدور بجملة لان التفصيل بعد الاجمال فالشفعة
واجبة في العقار الشفعة واجبة اي ثابتة في العقار وهو ما له اصل من دار او ضيعة وان كان مما لا ينقسم لا يحتمل
القسمة كالحمام والرحى وانما يؤخذ بالشفعة ما كان متصلا بطريق النبجة فلا يؤخذ الفضاء مع الحمام لانه
غير متصل والمراد بالرحى بيت الرحى والربع الدار والحائط البستان واصله ما احاط به والخب بكسر السين
ونفتحها في معنى النهر واختار الجوهري الفتح وقال انما يكون لاهل الشعر وقوله اذا لم يكن لطريق الطرق
لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفل
بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون على الجار والمسلم والذمي فيها سواء وقال
ابن ابي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقه من يكذب الشرع وهو الكافر وقوله العمومات من غير فصل والا
سواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار فلا يفتح الامتناع في الاستحقاق ولهذا قلنا يستوي في
الذكر والانثى والصغير والكبير وقال الشفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء الجوار قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر
في المآل ويستوي الباغي والعادل والجد والعبد اذا كان مأذونا او مكاتبا فاذا كان البائع غير المولى
فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان او لا وان كان هو المولى فان كان عليه دين فلا ذلك والا فله وهذا
لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد المديون من المولى جائز دون غيره فالشفعة

واذا اعلك العقار بعوض هو مال عند تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها ان يتملك
بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة
في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تكون اذا كان العوض مالا فان الشرع
قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب المهر
لانه لو اخذ بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به للتملك وعلى هذا لا شفعة في الدار يتزوج
الرجل عليها او يخالع المرأة عليها او يستأجر بها دارا او غيرها اي غير دار من عبد وحانوت او يصالح بها
عن دم العمد او يعتق عليها عبدا لان الشفيع لا يقدر على تملك عين هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق
التملك بمثل ما تملك به وان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه امكن مراعاة شرط الشرع
الى آخره فيا وكان يستدل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب لدفع ضرر المتملك دارا وعند

ان الشفعة

ان الشفعة تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عندنا ممكنة الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل واجر المثل
في التزوج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق وان تعذر الاخذ بمثلها لان البيع بالعوض خلاف
القياس لانه لا عوض فيها اصلا وقوله ارفقا للشافعي بناء على ان اجعل شفعا من دار مثلا او ما يصاهيه ارفقا بشبه
المهر كبدل الخلع والاجرة لا شفعة عند الآبي حيث لا يرى شفعة الجوار ولا في ما لا يقبل القسمة كالحمام وعن
نقول جبرا بجعل هذه الاعواض متقومة وتقريره ان تقوم هذه الاعواض اما ان يكون قطعيا او ضروريا
والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يخرجه عن الشفعة قوله وكذا الدم والعتق غير متقوم اما الدم فلانه
قتل بها ابعد لانه ليس بمال ليس بفضله عن المتقوم والمتقوم على ذلك بقوله لان القيمة ما يقوم مقام غيره والمعنى
الذي هو المطلوب وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف الجوهرية
والجسمية ولا تحقق المعنى الذي هو المالية لان العتق اسقاط وازالة والدم ليس بمال لانه الاستيفاء وليس من جنس
ما يتقوم ويدخل وقوله وعلى هذا بيان ان الفرق عند العقد وبعد سواء لا كونها مقابلة بالبضع بخلاف
ما اذا باع الدار بمهر المثل وبالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال والمعترض بان البيع بمهر
المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الفاسد والجواب بانه جاز ان يكون معلوما عندهما وبانه جهالة
لا تفضي الى المنازعة والمقدمة ما افضت اليها ولو تزوجها على دار على ان يرد عليه الزوج شفعة
في جميع الدار لا شيء منها وقال بحصة الا ان يقسم قيمة الدار على مهر المثل والقدر لانه مبادلة مالية في حقه
اما من ما يحل الانثى والبضع يقدر معنى البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا ينعقد
بلفظ البيع فيه ولو كان البيع اصلا لانعقد كما لو قال بعت منك هذه الدار على ان تزوجني فتزوجته وقوله ولا
شفعة دليل آخر فيه اشارة الى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة المالية واما ان يكون في المقصود فممنوع
ووجهه ان كونها مقصودة لا يدفعه الا ترى ان المضارب اذا كان رأس ماله الدنانير فاشترى بالدراهم
لغيره دارا في حجر رب المال ثم باعها بالدنانير فان رب المال لا يستحق الشفعة لان حصة المضارب من الربح لا
يرفع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في
حقه وليس لبيع الوكيل شفعة للموكل على ما مر فكذا في حصة الربح وهذا النوع فالشفعة او يصالح عليها بالدار
على العقد وقوله او يصالح عليها بالدار على قوله او يعتق عليها عبدا من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس
بصحيح بل الصلح عليها وقوع اكثر منه المختصر وكلامه ظاهر وقوله اذا لم يكن من جنسه اي اذا لم يكن العوض من جنس
ما فيه وقيد بذلك لانه اذا كان من جنسه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله ولا شفعة في هبة
لما ذكرنا يعني في قوله خلا عن العوض لانه لا عوض فيها راسا الا ان يكون بعوض مشروط في العقد ولا بد من
القبض فانه اذا وهب دارا لرجل على ان يهب له الآخر الدرهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا ولا بد
ان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بشرط العوض تنزيل
ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد فانه لا تثبت الشفعة لانه في الاصل
ولا في العوض ان كان العوض دارا لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه انتهى فيها فامتنع الرجوع ولا شفعة

في البيع بشرط الخيار للبائع لانه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع يمنع عن الشفعة كما في البيع الكامل
فلا يمنع بقاء ملكه كان اولى فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط
الخيار في الصحيح لان البيع يصير بسببا لزوال الملك عند ذلك وقيل في الصحيح اجزاء عن قول بعض المشايخ
انه يشترط الطلب عند وجود البيع لانه هو السبب قوله وان اشترط شرط الخيار ظاهر وقوله على ما اشار
الى قوله من قبل وتجب بعد البيع الى ان قال والوجه فيه ان الشفعة اذا وجبت للبائع ملك الدار الى آخرها قوله
واذا اخذها اي اذا اخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع وسقط الخيار لعجز المشتري عن الرد والاخذ
للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما او لكلا
الذين من البائع والمشتري فلا اخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها فان اخذها
بالشفعة كان فسخا لبيعه لانه قرر ملكه واقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار فسخ للبيع لانه
لو لم يجعل فسخا لكان اذا جاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بنماء ولدها المتصل
والمنفصل ولبقي انه اخذها بغير حق وكذا اذا كان الخيار للمشتري لانه استحكام وهو ما ذكره الطحاوي ان من اصل
ابي حنيفة ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة خياره والشفعة لا تستحق الا بالملك فكان تناقضا
لا قوله واوضحه في البيوع فان في النهاية هذه الحوالة في حق الاستحقاق غير رابحة بدفع جلب الاستحقاق و
موقوفة ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى آخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جلب الاستحقاق
رابحة كانت لاحق الزوال كذلك لان الجلب يتضمن الزوال وقيل لم يذكر بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون
اوضحه لا كفاية المنتهى ولو كان الخيار لهما لم تثبت الشفعة لا لاجل خيار البائع ولا لاجل خيار المشتري قوله واذا
اخذها يعني اخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشتراة كان الاخذ صحيحا جائزا للبيع الاول
فينتقض خيار لما ذكرنا في طرف البائع فقد علم ان ما اذا اشتراها ولا يرى ظاهر وقوله ثم اذا اخذ شفيع
الدار الاولى يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار رد الى الشفيع ان باع اخذها دون الثانية وهي التي اخذها المشتري بطريق
الشفعة لانعدام ملكه في الاولى حتى يبيع الثانية في ـــــ ومن ابتاع دارا شراء فاسدا اقول كلامه ظاهر
واضح اي قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلميح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لا
الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق لحصول الايمان الفرق اذا اشترى شقصا في دار بجنبها
فلم يتقابضا حتى اسلما او اسلم احدهما او تقايلا الدار لم يقبضها لم يفسد البيع وحق الشفيع في الشفعة
باق لان فساده بعد وقوعه صحيحا كرد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بعد الاخذ بالشفعة
فرد المشتري عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفيد حق الشفيع ما لم يثبت له حق الخيار الثابت للمشتري الذي
اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع له حقه بلا مفيد لبقاء الحق ولا يلزم تقرير الفساد واجيب بان قوله
البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط له حقا ولنفسه له فقد يجعل الخيار غنا فلو استقلا
العوض لنفسه فرجع البيع بلا ثمن مهدوم سدا ما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يكون
انتقال البيع الفاسد عن حقه فاما البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار فقد بخلاف ما اذا كان الخيار

للمشتري

للمشتري فالبيع الصحيح جلب غالبا لاحتمال الفسخ والبيع الصحيح اذا كان الخيار فيه للمشتري فايع
ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب ان المشتري ذلك صار احق بالمبيع فصار جلب تعلق بتصرفه الفسخ
والاجازة وفي ذلك يوجب حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنبها وفي الفاسد المشتري
ممنوع عن التصرف فيه والحاصل ان الفسخ وان كان محتملا فيه ولكن الخيار للمشتري على التصرف في الحال
على وجه يزيله وجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملك لانه ممنوع عن التصرف واعترض بان التسليم انه
ممنوع عن التصرف بدليل ان بيعه صحيحا ولا يبقى لبائعه حق التصرف النقض قوله تقرير الفساد ايضا واجيب
بان لا نسلم ان له ذلك بدليل منهي وقد ترتب على المحظور من الاحكام كالوطء حالة الحيض فانه يحلل المرأة على
زوجها الاول وتقرير الفساد للامور بنقضه حرام لشرع ممتنع في الشرع الشفعة في البيع الفاسد ذلك
والبيع المحظور الصادر من العباد لا يضاف الى الشرع وارى ان قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع
الفساد وفي اثبات الشفعة تقرير له كان وافيا وقوله والخيار للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد فان
الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع لكنه لدفع الفساد لكنه اي بالسؤال واجيب اشارة الى ان الشفعة
تستحق على المالك بملك غير محظور وعلى من صار احق بالمبيع فصار والمشتري بالخيار ان لم يكن مالكا فهو
احق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا لبيعها فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند
ابي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع فان بيعت دار بجنبها وهي لا يد البائع
بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو اي المشتري شفيعها لان الملك له لا يقال
وذلك تقرير الفساد حيث اخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لان نقول المشتري
بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة يمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد والتي اخذها بالشفعة
بخلاف ما تقدم فانه لو ثبت الشفعة ثم لا ينتقل الشراء الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد
وفي ذلك تقرير فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشتري فهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق
وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة شراء فاسدا فمنع الشفيع عن اخذ
المشتري بالشراء الفاسد اجيب بان ذلك مجرد تعلق حق الغير ولا يمنع عن الشفعة كقيام حق المرتهن
في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع الشفيع
عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن لمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد والتقرير
ههنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه شراء فاسدا ثم ان سلم البائع الدار المبيعة
بالبيع الفاسد الى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع بطلت الشفعة لزوال ما كان يستحق به كما
اذا باع بخلاف ما اذا احتاج بعده لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بها ليس
بشرط وان استردها اي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة لا تبطل شفعة
المشتري لانتفاء ملكه عما استحق به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن له وقت بيع
المشفوع جارا وان استرداها بعد الحكم بقيت الثانية لما بينا ان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها

بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط قال ـــــ واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجار بالقسمة

واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجار بالقسمة لان القسمة بها معنى الافراز ولهذا يجري فيه جبر القاضي والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ولانها لو وجبت لوجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر واذا اشترى دارا فقسم الشفيع الشفعة ثم رقها المشتري بخيار رؤية او خيار شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه ولا فرق لهذا بين ما اذا كان الرد بالقضاء بين البيعين وعدمه واما اذا ردها بعيب من غير قضاء فاما ان يكون قبل البيعين او بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يكون الرد بغير رضى صاحبه او قضاء القاضي وان كان الثاني وهو مراد القدوري فيثبت الشفعة على ما ذكره الكتاب قال الشارح قوله ومراده ان مراد القدوري بقوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد البيعين وقد نظر لانه يناقض قوله هذا ولا فرق لهذا بين البيعين وعدمه واما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منهما واما رواية الكتاب فضعيفة ولا شفعة في قسمة ولا الرد بخيار رؤية لما ذكرنا انه فسخ من الاصل واما رواية الفتح فقد اثبتها الفقيه ابو الليث في شرح الجامع ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية في القسمة لانه لو ثبت بخيار الرؤية وهو مختص بطلب القسمة في مساعته لم يكن له فائدة وفي نظر سيظهر واكثر فخر الاسلام ومن تابعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية هذه الرواية كما ذكره الكتاب والامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير حمل رواية الفتح على ما اذا كانت الدار مكيلا او موزونا من جنس واحد لكن الرد بخيار الرؤية غير مبطل لان نصيبه في القسمة الثانية اما ان يكون بعين ما وقع في الاولى او مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقارا او غيره فانهم اذا اقتسموا ثانيا ربما يقع نصيبه مما يوافقه فيكون مفيدا

باب حد ما تبطل به الشفعة

تاخير المبطلات عن الثبوت لما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم من اسقط اليه هذا الحق او لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير تبدل لا يرتد بالرد واسقاط الحق بعد وجود الحق دون علم المسقط والمسقط له كالعتاق والطلاق فان له واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بعرض طلب المواثبة وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته وانما قيدنا بذلك ليدل على ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويتضح قول المص قيد والمراد بقوله في الكتاب اشتهد في مجلسه ذلك على المطالبة لطلب المواثبة وقوله هنا لا اعراض عن الطلب وهنا يعني اشتراط القدرة لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهو عند القدرة والاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة فقد على شفعته وكذا ان طلب طلب المواثبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما اوضحه تما تقدم وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر لان المحل لا يخرج من التملك وما ليس بحق متقرر المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان تعلق اسقاطه بشرط ليس في ذكر المال منه فقال الشفيع للمشتري

سلمت

سلمت شفعتي هذه الدار ان اخرتنيها او عرتنيها فالفاسد وهو ما ذكر فيه المال او على والصلح بين الملائم وغير ان كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية وحكمها وهو ملائم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه فلم يكن فيه ذلك كاخذ العوض وهو غير ملائم لانه اعراض عن الاخذ واذا لم يتعلق به الشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لانه ـــ لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصح به الاستدلال لان قوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم يبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفي الصلح جانبين يفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لعدم الاعراض قوله وكذا لو باع شفعته يعني انها تبطل لما بينا ان حق الشفعة ليس بحق متقرر والمحل من يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير اموال والاعتياض عنها صحيح اجاب ـــ بقوله القصاص لانه حق متقرر والمحل من المتقرر وغيره انما يتغير بما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القتل تلحقه مباحة في حق من له القصاص وبالصلح صار له النفس في ذمته فكان حقا متقررا واما في الشفعة فان المشتري يملك الدار بعد الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقررا بخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك المحل وقدم اذا قال الزوج للمخيرة اختاري بالف او قال العنين لامرأته اختاري بعد ترك الفسخ بالف فاختارت الزوج واملة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان اخذ العوض الحرام بالباطل وهو لا يجوز والكفالة بالنفس هنا اي بطلان الكفالة والعوض بمنزلة الشفعة في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية ابي حفص قيل وعليه الفتوى وجه ان حق الكفيل الطلب وهو قول فلا يصح الاعتياض عنه وفي رواية كتاب الصلح من رواية ابي سليمن لا تبطل الكفالة ولا يجب المال والفرق بينهما وبين الشفعة ان الكفالة لا تسقط الا بتمام الدين ولهذا لا تسقط بالكفيل وتمام الدين انما يتحقق اذا وجب المال فاما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالكفيل بعد الحكم به وقيل هذه الرواية اي رواية ابي سليمن في الكفالة تكون رواية في الشفعة ايضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال وقيل هي اي هذه الرواية المذكورة في الكفالة خاصة يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال وقد عرفت في موضعه اي في البسوط

قال ـــ واذا مات الشفيع بطلت شفعته

ما في الحديث الشفيع الشفعة واشبهها بالحيز ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل قضاء القاضي بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفعته ليس لورثته ان ياخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال

التي في الاولى لما ثبت على ما مر اصل ان الحقوق اللازمة تنتقل الى الورثة سواء كانت مما يعرف عينها
او لم يكن لان الوارث يقوم مقام المورث كمن له حاجة كحاجة وقلت الشفعة بالملك وقد زال بالموت
والذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير مقرر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت
القضاء ولهذا لو اذا له باختيار بان باع سقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في ان الثابت
للشفيع حق التملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم يبطل الشفعة لبقاء المستحق
ولا يباع الدار لدين المشتري ووصيته الا بعد دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع
مقدم على حق المشتري كما تقدم فكان مقدما على حق من يثبت حقه من جهته ايضا وهو الغريم والموصى له
فان باعها القاضي او وصيه في دين الميت فللشفيع ان ينقضه كما لو باعها المشتري لا جبرا لا يقال بيع
القاضي حكم منه فكيف ينقض لانه قضاء من خلاف الاجماع والاجماع على ان للشفيع حق نقض التصرف للمشتري
فلا يكون نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع به فبذا القضاء بها اما ان يكون بانا او بالخيار له فان كان
الاول بطلت شفعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك فبذا التملك ولهذا لو زال السبب قبل
يزول به اي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بزوال المشتري عنه لان العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط
كما اذا اسلم صبيا او ابرأه عن الدين ولا يعلم ان له دينا عليه وهو كسب بالفرق بينهما وبين ما اذا ساوم الشفيع
المشتري من المشتري او استاجره فان علم بالشراء سقطت والا فلا واجيب بان المساومة والاجارة
لم يوضعا للتسليم وانما يسقط بها لدلالتها على رضى الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصحيح
والابراء وان كان بيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان لم يعلم واجيب بان بيع ما يشفع
به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له فيحقق فيه
الدلالة وان كان الثاني لم يبطل شفعته لان الخيار يمنع الزوال فينفي الانفصال قال وكبيل البائع
اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة لذكر الامر وهو ان من باع عقارا وهو شفيعه كالوكيل بالبيع او بيع له كرب
المال اذا باع المضاربة دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري
او اشترى له كالوكيل بالشراء فلا شفعة لما ذكرنا في الكتاب ان الاول سبب لانتقاله من جهته وهو البيع والثاني
ليس كذلك لان اخذ بالشفعة كالشراء في كونه رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل بالرغبة عنها وكذلك
ان كوكيل البائع لو جعل المشتري الدار رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة لان تمام البيع لم يكن
من جهته حيث لم يرض المشتري الا بعهدته فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته وكذا اذا باع
وشرط الخيار لنفسه الى آخره واذا بلغ الشفيع ان بيعت بالف فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت بالف
او بعشرة او بعشرين الفا او اكثر فتسليمه باطل وهو على شفعته اما في الاول فلانه انما سلم استكثارا لثمن
المذكور فان ظهر اقل من ذلك لم يبطل تسليمه قال والنهاية كافية وقال سلمت لان الثمن الذي اراد انه
تسليم مشروط بشرط ينتفي بانتفاء شرطه فيه نظر سيأتي عن قريب ما اذا ظهر اكثر من الالف فان مستكثر الالف
اكثر استكثارا للاكثر فكان التسليم صحيحا واما في الثاني فلانه رغب في تسليم لتعذر الجنس الذي بلغه وهو بيع ما

به اذا

به اذا الجنس مختلف قال والنهاية تقييد بقوله بعشرة الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها الف
مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح
فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل كان اولى اذا كان مكيلا او موزونا او عدديا متقاربا
كذلك لا معنى التكبير على ما اذا علم بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير
فصار كما لو قيل بيعت بالف فسلم ثم ظهر اكثر من ذلك ولو كان قيمته اقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر انها
بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولهذا لو تفاضلا يتحقق
ولنا انهما جنس واحد لاتحاد المقصود وهو التمتع ومبادلة احدهما بالآخر متعارفة واذا قبل الشفيع ان
المشتري قد سلم الشفعة ثم بين انه غير فله الشفعة لتفاوت الجوار فانه يجاور شخص قد لا يكون
رضا بجوار غيره قال محمد الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها
لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا تسليم في ذلك لان الشفيع على التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان
تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فيصح تعليقه بالشرط والابتداء الا بعد وجوده وهذا كان
يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يبطل اسقاطه بالجائز من الشرط فانه سدا ولي وقد ذكرها ظاهر الرواية
اخرا ان ما روي عن ابي يوسف على عكس هذا لانه قد يكثر من محصل في النصف دون الجميع فقد يكون حاجة
الى النصف ليتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع **فصل** لما كانت الشفعة تسقط
في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لا يمكن ان يكون الجار قد سقط بناء فقد به وفي المستعار
الحيلة لاسقاط الشفعة عضيلة الحلال من مثل هذا الجار فاحتيج الى بيانه وكلامه واضح وقوله لما بينا
اشارة الى قوله لانقطاع الجوار وقوله الا ان المشتري الخ شريك لانه حين اشترى الباقي كان شريكا
بشراء الجزء الاول واستحق في الشفيع الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه
في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله وفي ارادة الحيلة هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع في الشفعة والاولى
ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله الا انه اذا استحقت المشفوعة استثناء من قوله وهذه اخرى يعني انها حيلة
عامة الا ان فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري
الذي هو بائع الدار فيتضرر به او يرجع مشتريها لدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار وقد
والاولى الحيلة الاخرى وهي ان اراد ان يبيع الدار بعشرة الاف درهم بيعها بعشرين الفا ثم يبيعه تسعة الاف
وخمسمائة ويقبض الباقي عشرة دنانير مثلا فلو اراد الشفيع ان يأخذها اخذها بعشرين الفا فلا يرغب
في الشفعة ولو استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف الى بائع الدنانير بالدراهم التي للمشتري
على البيع البائع ثم تقاصا فان لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف قوله والاكثر الحيلة اعلم ان الحيلة في هذا
الباب اما ان يكون لدفع بعد الوجوب او لدفعه في الاول مثل ان يبيع المشتري للشفيع اما ولها لك
فلا حاجة لك في الاخذ فيتقاعد فيسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع واما في الثاني فاختلف فيه بعض
المشايخ عن مكروه عند ابي يوسف ومكروه عند محمد وهو الذي ذكره في الكتاب وهذا التأويل يسقط الشفعة

على فصل الزكوة وتمامه من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وأما الخلاف في فعل الزكوة مسائل

متفرقة ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كما هو العادة في ذلك لم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل

الشفعة الا هذه والقاعدة ما هو سوى ما تنبه عليه قوله فيتفرق به اي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر في زيادة

ضرر التشقيص فان اخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل

فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضررا زائدا ابدا وقوله والفرق في هذا اي جواز اخذ الشفيع نصيب احد المشتريين

بينهما اذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعده وقوله هو الصحيح احترز عما رواه الكرخي قال روي عنهم اذا كان

المشتري اثنين لم يكن للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة

وله ان يأخذ نصيب احدهم بعد القبض لان التملك حينئذ يقع على المشتري وقد اخذ من جميع ملكه وقوله بمنزلة

احد المشتريين يعني ان احد المشتريين اذا افتدى ما عليه من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي

كلاهما جميع ما عليهما من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله لان الضرر في هذا التفريق الصفقة

للثمن حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء بان اذا كان المشتري واحدا والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد

منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان يأخذ نصيب احدهما وان لحق المشتري ضرر تبعيض الشركة لانه ضرر هذا

العيب حتى اشترى كذلك واما بيان تفريق الصفقة واي وما قد تقدم في كتاب البيوع ومن اشترى نصف

دار غير مشاع فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او ترك وليس له ان ينتقض القسمة بان

يعيد للمشتري ما دفع الى البائع حتى يأخذ منه سواء كانت القسمة بحكم او بغيره لان القسمة من تمام القبض

لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض ليعيد الدار

الى البائع وان كان له ان ينقض بعقد العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا

باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه فان للشفيع

نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فانه لم يجر بين المتعاقدين فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي

هو حكم البيع بل هو معتبر بحكم الملك وكان مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيره من

التصرف كالهبة والطلاق بخلاف الجواب في الكتاب اي الجامع الصغير وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار

للمشتري يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري لا ان جانب كان وهو رواية عن ابي يوسف والباقي

ظاهر فان ——— وتسليم الاب والوصي الشفعة ٥ قد ذكرنا ان الحمل والصغير لا يستحقان

الشفعة كالكبير لانتوائهم لا سيما فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استحقاق حقه وهو الاب

ثم وصيه ثم جده اب ابيه ثم وصيه ثم للوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن احد من هؤلاء فله على شفعته اذا ادرك

فان ترك هؤلاء الطلب مع الامكان او سلم بعد الطلب سقطت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر

هو على شفعته اذا بلغ قال ——— المشايخ وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة على رواية كتاب

الوكالة لكن عند ابي حنيفة اذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل يطلبها قائم مقام الموكل لا بالخصومة ومجلس القاضي

وعند ابي يوسف في غيره لكونه نائبا عن الموكل مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح من التسليم اصلا وقوله وهو

الصحيح

الصحيح احترازا عما روي ان محمدا مع ابي حنيفة في جواز تسليم الوكيل بالشفعة خلاف لابي يوسف لمحمد وزفر ان حق

ثابت للصغير فله بطلانه ابطاله كديته وفي بعض النسخ كديته بالتاء والاول اصح ما قرن به وهو قوله و

قوله والاول يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعفو عن القصاص الواجب لعلانية

شرع لدفع الضرر وفي ابطاله اضرار به ولابي يوسف ان في معنى التجارة لانه تملك العين فيملكه

يوضحه انه لو اخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعها جاز فكذا اذا سلم بالبيع بلا ولاية لسلامته عن

توجه العهدة بخلاف البيع من غيره ووضحه بقوله الا ترى وهو واضح وقوله ولانه دليل آخر يتفرع الجواب

عن الدية والقود لان النظر هنا قد يكون في تركه ليبقى الثمن على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما

يترك بلا عوض فيكون اضرارا وقوله وسكوتها كابطالها لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم اردفه

بقوله وسكوتها كابطالها لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها والغبن اليسير من المتعارف

بيعت باكثر من قيمتها بغبن فاحش فيجوز التسليم بالاجماع يعني من غير خلاف لمحمد وزفر لانه تصرف نظرا

وقد لا يقع بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي فيكون الصبي على حقه اذا بلغ وان

بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة ففي ابي حنيفة لا يصح التسليم منها واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر ايضا

لانها لم يرضيا بتسليمها اذا بيعت بمثل الثمن فلئن لا يرضيا اذا بيعت باقل بمحاباة كثيرة اولى وابي حنيفة فرق

ابي حنيفة بالكثير لان المحاباة الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهذا لا يتهم الاقتناع عن التجارة في مال

الصغير والكثير قال لا يصح التسليم لهذا لان تصرفها في مالها انما يكون بالنظر لا بالاحسن وليس تركها هنا كذلك

ولهذا المعنى ايضا فرق ابي يوسف بقوله والرواية عن ابي يوسف لانه كان مع ابي حنيفة في صحة التسليم فيما

اذا بيعت بمثل قيمتها

كتاب القسمة

اي القسمة عقيب

الشفعة لان كل واحد منهما من توابع النصيب الشائع فان احد الشريكين اذا اراد الافراز مع بقاء

ملكه لجانب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لكونها ابقاء كان على ملك اهل وهي

في اللغة اسم للاقتسام كالنقض للانتقاض وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وتمييزه

لجانب الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يخطر به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات

والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدد في المعدود ولشرطها ان لا يتضرر بالقسمة ولهذا لا تجبر

في الحمام والحائط والجرح ومن منفعة في الاعيان المشتركة لان النوع باشرها

في المغانم والمواريث وغيرها وجرى التوارث من غير نكير ثم عملا تقرر عن معنى المبادلة سواء كانت

في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لان ما يجمع لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو يأخذ

عدد ما عاين من حقه في نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافراز والمعنى من الافراز هو ان

يقبض بعين حقه والافراز سواء كان في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت فكان ما اخذ احدهما

من نصيبه مثل ما ترك عليه بعينه فاخذ مثل الحق بعينه بمنزلة اخذ العين الا ترى ان اخذ

المثل في القرض كاخذ العين فيجعل القرض لذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها ممكنا محالة ولهذا

حرما ان ياخذ نصيبه عارغبة صاحبه ولو اشتراه باه واقتسماه جاز لاحدهما ان يبيع نصيبه مراعة
بنقد الثمن ومعنى المبادلة هو التظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه
عند غيبة الاخر ولو اشتراه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مراعة بعد القسمة وتحقيقه ان ما ياخذ كل
واحد منهما ليس بدلا لما ترك على صاحبه بقي فلم يكن بمنزلة اخذ العين كما اذا استقرض ان يقال لو كان
معنى المبادلة هو التظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر الابي على القسمة لان ذلك اجاب بقوله الا انها
اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد
والامانة بين الجبر والمبادلة لانها تجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء
والديون تقضى باشالها فصار بمنزلة الاعيان ذمته وهذا جبر والمبادلة وقد جاز فلان يكون
بلا قصد اليه اولى وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على
وان كانت من اجناس مختلفة كالغنم والبقر والابل لا يجبر القاضي الابي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار تخلل
التفاوت المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط
بالنص قال ويبقى للقاضي ان يجب قاسما كلامه واضح الا ما نبه عليه قوله لانه ارفق
بالناس وابعد عن التهمة لانه متى يصل اليه اجره على كل حال لا يميل باختياره شيئا الى البعض ويجوز للقاضي ان
يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين اجرا كغير الاولى ان لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على
الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الابي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء
من حيث انها تستفاد بولاية القضاء وان الاجنبي لا يقدر على الجبر من حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر
عليها ومن حيث انها شبيهة القضاء يستحب ان لا ياخذ قوله عدلا تمام معناه ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت
من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة قوله والاصلح ان يقسموا يعني لم يفوضوا الامر الى الحاكم
بل اقتسموا بانفسهم باصلاحهم فهو جائز لما ان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات
وقوله كاجزاء الكيل والوزن وجزاء البر المشترك يعني اذا استاجروا الكيال ليكيل لهم حنطة مشتركة بينهم
فالاجر على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحاف وقد بان ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت تحقيقه ان القاسم
لا يستحق الاجر بالمساحة امتداد الاطناب والمشي على الحدود لانه لا منفعة له في ذلك بل بازاء الملك المستوجب
كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على ان الاجر في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لا يمكن
الحساب لان بتفاوت الانصباء ويزداد دقة بقلة الانصباء فما قلعه يتعذر ضبطه صاحب القليل اسهل ويجوز
ان يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير كالسحر وغيره فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم باصل
التمييز بخلاف جزاء البر لان الاجر مقابل بنقد الزلب وهو يتفاوت قوله وان لم يكن للقسمة بان كان زيتا
مكيلا او موزونا او امرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر والاجر بقدر الانصباء وهذا العذر لو الحلق
ولا يفسد يعني لو الحلق ابو حنيفة في الحوائج قال اجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة او لا فالعذر

لم يزد ذلك هو التفاوت لان عمله لا ذلك لصاحب الكثير اكثر فان اصعب الاجر بقدر العمل بخلاف القسام
فانه قد يعكس كما تقدم وقوله ولا يفسد تاكيد وبيانه وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة ان الاجر كله على الغائب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي اذا حضر الشركاء
عند القاضي وفي ايديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا فاما
ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كانوا ورثوه لم يقسمه
القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعلى ورثته عند ابي حنيفة وقالا يقسمه باقرارهم وان كان الثاني
قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما هو تركته وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث
قسمه على قولهم جميعا لهما ان الامتناع من القسمة اما ان يكون لشبهة في الملك او لتهمة في دعواه او لمنازعة
المدعي لدعواه ولا شيء من ذلك بمحقق لان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق والنزاع عدم المنازع
فيقسم بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى ولابي حنيفة البينة ليس بلازم لانه لا يكون الا على سبب ولا سبب
فلا يفيد الا انه يذكره كتاب القسمة اي الملك الذي يثبته القاضي انه قسمه باقرارهم لئلا يكون حكمه متعديا
الى غيرهم ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذا التركة بعد القسمة مختصة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة
تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا وهب جارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ
الوصية في بقدر الثلث لهذا اوجبنا بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له فدل ان التركة مبقاة على
ملك الميت فلا تنفذ القسمة قضاء على الميت فلا بد من حجة وهي اما اقرار الورثة او بينتهم واقرارهم
ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو موقوف جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب
خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا والاخر مدعى عليه فان قيل كيف يتهيأ لمقر بدعوى صاحبه والمقر ابطل خصما للمدعي
عليه اجاب بقوله ولا يمتنع ذلك اي كونه خصما بسبب اقراره مع كونه خصما
كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه انما يقضى عليهما بالبينة بدون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان
المدعي محتاج الى اثبات الدين في حقهم وفي حق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم ودينه ظاهر وبين المقر باقرار
الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة
ولا يثبت ذلك الا بالبينة قوله بخلاف المنقول جواب عن قولهما فلا في المنقول الموروث وبقي على وجهين
احدهما قوله لان القسمة تنظر الى آخره والثاني ان المنقول مقدور على تسليمه بعد القسمة ففي القسمة
جعله مقدورا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند ابي حنيفة فانه لا يصير مقدورا على من وقع في يده عنده
وعلى ما جرت عن قولهما والعقار المشترى على ظاهر الرواية وقد روي عن ابي حنيفة غير الاصل ان القاضي
لا يقسم بينهم وسوى بين الدار والمرابحة وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب ان المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك
البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قوله وان ادعوا الملك هذا هو القسم الثالث المدعوا
وصورته ظاهرة قال المصنف يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة رواية كتاب القسمة واعلم
لفظ الجامع الصغير لانه يعني انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما

[illegible] لما لم يذكر المسألة احتمال ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان لا يكون
مشتركا فيكون ملكا لهما لان الاصل ان يكون الاملاك لا يتعلق بها فلا يقسم احتياطا فيما هذا قول ابي ح
خاصة وعندهما يقسم بينهم لانهما يقسمان ملك الميراث بلا بينة ففي هذا اولى وقيد قول الكل وهو الاصح لان القسمة
نوعان قسمة حق الملك لتكميل المنفعة وقسمة حق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه
فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تنتظم الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال وان
حضر وارثان واقاما البينة وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم
ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين ونصب وكيلا يقبض نصيب الغائب قيل قوله في ايديهم في
معهم وارث وقع سهوا من الناسخ والصحيح في ايديهما لانه لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد الغائب
مزورة وتذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم واجيب
بان المراد الجمع واراد المصنف بقوله وارثان واقاما كنت تلبس وكذا لو كان مكان الغائب صبي لم يقسم
ونصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبي بظهور نصيبهما عاني يد الغير والا تدمن اقامة
البينة في هذه الصورة يعني في ان معهما صبي عند ابي حنيفة كما اذا كان معهما غائب خلافا لهما كما ذكرنا من قبل
يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعتراف
ولو كانوا مشتركين لم يقسم مع غيبة احدهم وان اقاموا البينة على الشراء فكذا لفرق بينهما وهذا اصح قوله ويصير
مغرورا بشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة
ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث وقوله والاصح في هذا الفصل يعني اقامة البينة وعدمها يعني فيما اذا كان
العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه وقوله كالمطلق والكتاب يعني به قوله لم يقسم من غير ان يذكر اقامة
البينة وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغائب لم يقسمها
باقرار الحضور حتى تقوم البينة على اصل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء من كان
في يده عن يده وان حضر وارث واحد يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح
محاصما ومحاصما فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس له خصم من الميت ومن الغائب وان كان خصما عنهما فانه
من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقي واضح

فصل

فيما يقسم وما لا يقسم

لما شرعت المسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم بينهما قال
واذا كان لاحد الشركاء ينتفع بنصيبه اذا طلب احد الشركاء القسمة فاما ان ينتفع كل بنصيبه
او بعضهم او لا ينتفع منهم احد فان كان الاول قسم القاضي بطلب احدهم جبرا على من ابى لان القسمة حق لازم
فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه يريد به قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند
طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة تما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الى آخره وان كان
الثاني فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وكذا لصاحب على طلب
هذا وهو ان يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجهه ظاهر وكذا الحكم في منتهى ان يطلب القسمة

يقسم

يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه لان دليل القول الاول جليا احد الجانبين ودليل قول الخصاف دليل الجانب
الآخر والاصح هو المذكور في الكتاب ان الدور هو الاقل لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلتزم
القاضي شيئا وانما يلتزم طلبه الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعته فلذلك لا يوجد عند طلب القليل قوله
القليل وان كان الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا يستضر كل واحد منهما بالقسمة وطلب احدهما القسمة
لم يقسمها الا ان يتراضيا بينهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما
اعرف بشأنهما اما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعني يجبر على ذلك
لان لا حق للقاضي لا يشترط اتحاد الصنف هنا عند الغائب يعني المقصود فيها التعديل والقسمة واما التكميل
المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لعدم التعديل اهله لا بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل بيع معاوضة
وسبيلها التراضي دون جبر القاضي قوله ويقسم القاضي كل مكيل وموزون ظاهر وقوله ولا يقسم شاة وبعيرا
يعني لا يقسم جبرا ان هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير
وغيره والاواني المتخذة من اصل واحد كالاجانة والتمر والثلث المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا
يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن والكتان اذا اختلفت بالصنعة كالبياض والجبة والقميص
ويقسم الثياب الاربعة لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتماله على القسمة على الضرر بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء
فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمه بينهما لا بدين اذا اختلف قيمتهما لما بينا يعني لما تقدم
من قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة ان العقد بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاكسر
والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين يعني اذا كان فيه
الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين واراد احدهما القسمة وابى خصمه الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والآخر
ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل احد الثوبين ثوبا واربع ثوب والآخر ثوبا وثلثة ارباع ثوب فانه يقسم بينهم
ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه لانه قسمة البعض دون بعض وذلك جائز لانه يشتمل عليه الخير
لا يضر المشترك ولو يشتمل ذلك لا يكلف القاسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك لا البعض وانه معاوضة يحتاج
الى التراضي وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجوهر الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب احدهما القسمة فلا يخلو
اما ان يكون مع الرقيق شيء آخر يقع به القسمة جبرا كالغنم والثياب او لا يكون فان كان مع القسمة في قدر الرأس
جميعا على الاظهر اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق اصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق
تابعا له في القسمة وقد بينت الحكم لتبيين بنحو وان لم يكن فقد اختلف في قبول البيع والمنقولات في الوقت وان لم يكن
فان كان ذكورا وانثى لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا وانثى لا يقسم القاضي بينهما في قول ابي حنيفة الا بجبرهما
على ذلك وقال صاحباه يجبر على القسمة لاتحاد الجنس في الابل والغنم ورقيق المغنم والى حنيفة ان التفاوت
في الآدمي فاحش لمنافاة المعاني البالغة كالدين والكتابة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة
ومنهم للفروسية وغير ذلك لمنع جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه سبب المنافع فلم يكن ذلك قسمة واقرار
بخلاف الجنس لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا بين الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن

سائر الحيوانات جنس واحد على أن المغانم جرى مجرى قولها وبقي المغنم وذلك لأن حق الغانمين في المالية من كان
للإمام منعهما وقسمة غنمها ممتنعة لا بالعين ولا بالقيمة فإن قيل لو تزوج امرأة على جنس من نعار كان في الحيوانات
يمكن في الغنمة كذلك أجيب بأن الغنمة يجري في الأفراد ولا يحتمل في الغنمة بخلاف ما ذكرتم فإنه لا يجري البغلة والفرس
الجواهر إلى آخره فواضح قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى والأصل أن هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند
انتفاء الضرر عن الجانبين بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاعه كذلك الجنس في قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما
ولا أحدهما فلا يقسم الأبالتراضي ومن المشايخ من قال إنما لا يقسم عند الضرر لأنه يتضرر بتعطيل الكثير لاستسلام بعضهما
عن ذلك وكلامه واضح وقوله لما بينا إشارة إلى ما ذكرنا أولا هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم
يقسمها إلا بالتراضي فقوله وإذا كانت دور مشتركة متماثلة فصل الدور والبيوت والمنازل والدار متلازقة
كانت أو متفرقة لا تقسم عند قسمة واحدة إلا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل إن كانت
مجتمعة في دار واحدة متلازقة بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت في محلة أو في دار واحدة بعضها
في أدناها وبعضها في أقصاها لأن المتلازقة في البيت فكذا الدار والمنازل لا تتفاوت في معنى السكنى ولكثير التفاوت
فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازقة
تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها يكون لا محالة واحد ولشبهها في الدور قلنا إذا كانت لا أمكنة متفرقة لا تقسم
قسمة واحدة فيما في الفصل لأنها تبقى لأن نظر القاضي إلى أعدل الوجوه فيجري القسمة على ما ذكر وقوله على ما مر يعني في باب
الحقوق من كتاب البيوع قوله وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت إلى آخره واضح إلا ما نذكره أما خص الحقوق
بالذكر لأن هذه المسألة إنما ذكرت في كتب محمد لا ذكر الضياع والدور للكرخي وقوله إن أجاز منافع الدور بها الحانوت أي منافع
الحانوت لأنه لو جعل نصف الحانوت أجرة لمنافع الدار صح وقوله أو يبتني حرمة الربا لأنه لو أجاز الأصل على سبيل
المجانسة يعني إن كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحل حرمة الربا لأنه على سبيل المجانسة
من منافع الدار ومنافع الحانوت لأنها أصل السكنى المقصود منها وهذا مشكل لأن مع هذا لا يؤمن بالمجانسة بشبهة
فإن الجنسان إذا اختلفا عند مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس من الثمن عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا
فإذا اعتبر شبهة الجنسية كان ذكر اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون الحقيقة وقد كان تحصيل الآية الحلول
أما أن يكون في المسألة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب والله أعلم

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم لأن الكيفية صفة فتبع حيزان أصل القسمة الذي هو المرصوص قال
وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسم إذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على ما عنده أن
فلان نصيبه كذا وفلان كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفع تلك القاعدة إلى القاضي ليسوي الأقراع بينهم بنفسه ويعدله
يعني يستدل به على سهام القسمة ويروى يعزل أي يقطعه عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في
الآخر إذا البناء يقسم على حدة فربما يقع لا نصيب أحدهم شيء منه فيكون ظالما بقيمتها ويعزل كل نصيب عن الباقي حتى لا
يشتبه إن أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث إلى أن يفرغ
السهام ويكتب أسماءهم ويخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا إلى آخره قال اللام حميد الدين

صورته أرض بين جماعة لأحدهم سدس وللآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم ويلقب الجزء الأول بالسهم
الأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ويكتب أسماءهم ويجعلها في قرعة ثم يلقيها في كمه فمن خرج اسمه أولا فله
السهم الأول فإن كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الأول وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي
يليه وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول واللذان يليانه قوله وقوله لا الكتابة واضح وقوله والقرعة لتطييب
القلوب جبر الاستحسان والقياس يأباها لأنه يتعلق الاستحقاق بخروج القرعة وفي الاستحسان لا يجوز عملا بأنها
استعملها النبي في دعوى النسب ودعوى الحمل وتعيين المطلقة وكثير تركنا هنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله
عم الجميع هذا من غير نكير ولبس لأن معنى القرعة لأن أصل الاستحقاق فيه يتعلق بالمستعمل فيه وإنما عين فيه كذلك
لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما إلا أنه ربما يتهم في ذلك
فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وتلك تهمة المبدل عن نفسه وفي الأجانب الآية كما في قصة مريم عليها السلام حيث
استعملوا القرعة مع الأجانب لأنهم يتهمون إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكثرة قالتها عند تطييب لقلوبهم قال وجب
ولا يدخل في القسمة الدراهم مع جماعة لا يدهم عقار طلبوا قسمته وفي أحد الجانبين نقد فأراد أحدهم أن يكتب عوض
النقد دراهم وأخذ لم يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة وإن تراضوا أدخلها لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة
فيها في الشركة ولأنه يعتبر النقد بالمراد بالقسمة لأن أحدهما يعطي إلى عين العقار ودراهم الآخر في مقابلة لا يعطي
إليها الشريك ما يعطي لأجله الحال ولا ما يعطي معادلة فلا يظهر إليه إلا عند الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف
في إذا كان أرض وبناء إلى أنه يقسم كذلك على اعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم والوصول إلى
أن الأرض تقسم بالمساحة لأنها الأصل والمحل المنسوب ثم يبنى من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود
دراهم على الآخر حتى يتساويا فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة لا لأنه لا ولاية له في المالية بحال قيمة العقار حتى
التقويم ومحمد إلى أن يرضى على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فإن لم يرض العرصة بقيمة البناء يحتاج ترك
القسمة وإلى أن يرضى على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فإن لم يرض العرصة بقيمة البناء يحتاج ترك
قال فيقسم الدار مزارعة ولا يجعل لأحد على الآخر خراجا من الآخر كذا في بعض الشروح وقوله كان قسم بينهم يعني
أن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولأحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر فلا يخلو إما أن يمكن
صرف ذلك عنه أو لا فإن أمكن فلا بد أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر سواء كان ذلك مضرا بالماء في القسمة
أو لم يكن لأن أمكن تحقيق معنى القسمة وهو الإفراز والتمييز من غير ضرر بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب
الآخر بحق الطريق والمسيل إلى غيره فلا بد من إزالة المحقق وإن تعذر بخلاف البيع فإنه إذا شرط في البيع دخل
لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا يدخل إلا بالشرط وإن لم يكن فإما
أن يشترط ذلك في القسمة أو لا فإن كان الأول فسخت القسمة لأنها محتملة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فيفسخ
تثبت نف وهذا بخلاف البيع فإنه إذا باع دارا أو أرضا ولا يمكن المشتري من الاستطراق ولا من مسيل الماء
ولم يذكر الحقوق فإنه لا يفسد لأن المقصود منه تملك العين وإنه يحصل بدون الانتفاع والحال كالمشتري
جحشا صغيرا وأما القسمة فإنها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق وإن كان الأول فيدخل فيه لأن القسمة

لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وهو معنى الافراز وذلك بانقطاع
التعلق على ما مر وبما عتبار لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا وافراز والحقوق بالنظر الى
اتم التكميل تدخل وان لم يذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها بناء في الافراز فقلنا تدخل عند
التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان على ان الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص
لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يتم الا بادخال الشرب والطريق فيدخلان من غير ذكر ولو اختلف الشركاء
في رفع الطريق بينهم عند القسمة فقال بعضهم لا ندع لهم فيها مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع
ينظر القاضي في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق نفيذ لا يجيز قسم الحاكم من غير طريق يترك للجماعة لتحقق الا
فراز بالكلية دونه لم يجز رفع الطريق وان كان لا يقسم يستقيم رفع لهم طريقا يجمعهم ليتحقق تكميل المنفعة
ورأى الطريق ولو اختلفوا في مقدار سعة الطريق وضيقه ولهم فقال بعضهم يجعل سعة الطريق
اكبر من عرض الباب الاعظم المولج من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك جعل غير ذلك وجعل عشر
عرض الباب ولهم لان الحاجة تندفع به فلا فائدة في جعل اعرض من ذلك وما يدع قسمة ما وراء طول
الباب من الاعلى هو ان احد الشركاء اذا اراد ان يشرع جناحا في فيه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك
لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على ما له حقه وان كان فيما دون طول الباب
يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء
وان كان المقسوم ارضا يرفع من الطريق حقوقا تعامل فيه فذراع واحد لانه لا نهاية للزراعة من ذلك ولا يجعل
مقدار ما تمر به الدواب معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج اليه يحتاج الى العجلة فيؤدي الى ما لا يتناهى
كذا في النهاية وما في كلامه واضح قال — واذا كان سفل لا علو له صورة المسئلة ان يكون
علو مشتركا بين رجلين وسفل لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلو لآخر بيت كامل مشتركا بينهما والكل في
دار واحدة او في دارين كثيرا ما على القسمة وطلبا من القاضي القسمة ولما قسما بذلك لم يقسم
العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة واذا اجتمعت لا يعلم ان علماءنا
اختلفوا في كيفية قسمة ذلك فقال ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لان الاصل في القسمة في المذروع كمذهب
في لان القيمة الغية وقال محمد يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة احدهما
نصف قيمة الآخر عشر ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب لان السفل يتبع لما لا يصلح العلو من حقوقه
واتخاذ الدرابزين والاصطبل وغيرها فلا يعتبر التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع
فقال ابو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بناء
على هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس في ذلك
الاختلاف وهو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على
ما شاهد من عادة اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد
في المساواة بين السفل والعلو ومنفعة الساكن ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان

من تفضيل

من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقال بعضهم بل معناه معنى فقهي ووجه قول ابي حنيفة ان منفعة
السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانه يبقى بعد فوات العلو دون العكس وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى
وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكن البناء الا برضى صاحب السفل فيعتبر ذراعان من بذراع من السفل لا في حق
ان المقصود اعلا السكنى وما يتبعها وبان فيه والمنفعتان متماثلتان لان كل واحد منهما ان يتعلى الا بهما
يقرر الاخر على اصله والمجمع ان المنفعة تختلف باختلاف الحمد والبرد بالاضافة اليها فلا يمكن التعديل الا بالقيمة و
قوله لا يفتقر الى التقدير وتقديره في صورة مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة
وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلثة وثلثون وثلث من علو الكامل
في مقابلة مثلها من العلو المجرد وثلثة وثلثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو
المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل
لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل البيت الكامل بمقابلة مثلها من السفل المجرد وستة وستون
وثلثان من العلو الكامل في مقابلة ثلثة وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتقديره قول
ابي يوسف ظاهر بناء على ما ذكره الكتاب قوله واذا اختلف المتقاسمون قال بعضهم بعض يقضي به صاحبي
وشهد الفاسق سمان قبلت شهادتهما ذكره القدوري ولم يذكر خلافا فانه قال في قول الخصاف فانه
ذكر قول محمد كقولهما وقوله ولا داء التمييز لا يصلح مستندا به لانه غير لازم قبل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو
صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما اذا كان القاضي او نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء ان يأبى ذلك بعد حضوره
بعض السهام لها والباقي واضح

باب دعوى الغلط والاستحقاق

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة اخر ذكرها والاصل في هذا الباب ان الاختلاف
اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وفسخت القسمة ان لم يكن
في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر فعلى هذا اذا ادعى احدهما الغلط
في القسمة وزعم ان ثمانية اصابه وفي يد صاحبه وقد شهد على نفسه بالاستيفاء على ذلك الا بينة له لانه يدعي
فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان اقاما فقد تقدم
دعواه بها وان عجزا عنها استحلف الشريك لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا واستحلفوا رجاء النكول لمن
حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكره الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض في
دعواه قال — المص رحمه الله ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا معنى وان اقام البينة لتناقضه لانه اذا اشهد
على نفسه اراد بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله لان الدعوى بعد ذلك تناقضا وقوله والب
اشارة بعد يديه به قوله وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلم الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه
شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع
وفي هذا الاشارة ان هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبيل اسوى كون التناقض مانعا
لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب ان لا تقبل دعواه اصلا وان قال قد كنت حلفت واخذت

بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر [illegible] في التقديم فله تحليفه اما
ان يكون بينهما او خارجا لا فخارجا تقديم للمقدمين فان كان الاول لم يلتفت الى [illegible] سواء كانت القسمة بالتراضي
او بقضاء القاضي لان الاحتياج الى مثله غير موجود وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان
الرضى منهم لم يوجد وتعرف القاضي نفيذا بالعدول ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكى عن الفقيه ابي جعفر
الهندواني انه كان يقول انما كان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع والدعوى بالعيب فيه من المالك
لا توجب نقضا اما البيع من غير المالك فانه ينقض بالعيب الفاحش كبيع الاب والوصي ولهما كان يقول تسمع هذه
الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل كالاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر ان القيمة غبن
فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار الخصاف
وبعض المشايخ كانوا يأخذون بالقول الثاني ولو اقتسما دارا وهو عين مسئلة اول الباب لكنه اعاده لزيادة بيان و
قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقدرا على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله وكذا اذا اختلفا في الحدود
يعني صورته دار قسمها رجلان فاصاب احدهما جانب منه وفي طرفه حد بيت في يد صاحبه واصاب الآخر جانبه وفي طرفه
حد بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما ان البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وان ما في يده ينقص كل واحد
بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قول الخارج وبينة الخارج يترجح على بينة ذي اليد والباقي واضح والله
اعلم

فصل

لما فرغ من بيان الطريق الاستحقاق واذا استحق بعض نصيب احدهما
فهناك ثلاثة اوجه استحقاق بعض معين في احد نصيبي او فيهما جميعا فالاستحقاق بعض شايع في احد النصيبين
ففي الاول تنفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تنفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تنفسخ عند ابي حنيفة وكثير يخير ان شاء
رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء نقض ما بقي واقتسم ثانيا وقال ابو يوسف تنفسخ ومحمد مع ابي يوسف على
رواية ابي سليمان ومع ابي حنيفة على رواية ابي سليمان الجرجاني وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المتقدم من الدار و
الآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء بان كانت قيمة الدار الفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المتقدم سبعمائة درهم
وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على
صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وهو ثمانمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف
وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين اربعمائة وخمسون درهما والمجموع
ستمائة وهو ثلاثة ارباع ومائتين قال المص ذكر الاختلاف يعني التقدير في استحقاق بعض معين اطلق ذكر
في الاسرار ان الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما قال صاحب النهاية وصفة الحوالة
هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار والشايع وضعا وتخليصا من الجانبين وذكر انا
بلفظ الشايع غير مرة واقول قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض معين ايضا فلم يات قوله العدول واذا استحق
بعض نصيب احدهما بعينه ليس بمراد ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقديره
كلامه واذا استحق بعض شايع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشايع لا في المعين لابي يوسف
ان الاستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة يدفع رفعه بالحلة لان موضوع المسئلة فيما اذا اقتسما

على القسمة

على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما استحق بعض شايع في النصيبين في انعدام معنى القسمة
وسوالا فرازا ما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما في النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في
نصيب الآخر شايعا بخلاف المعين فان باستحقاق بعض معين تبقى الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء
نقض القسمة من الاصل لانه عارضه بها الاعلى تقدير استقلاله وقد فات ولها ان معنى الافراز لا يعدم
باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا
الوجه في الابتداء وبان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف
المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين
الاثنين على السوية ايضا فاقتسم الاثنان على ان ياخذ احدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر واذا
جاز ابتداء جاز انتهاء وبالطريق الاول وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز
بخلاف الشايع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتعذر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا
فلا ضرر بالمستحق وقوله وصورة المسئلة يعني مسئلة الكتاب لا المتشهد بها وقد قدمناه دفعا
لهذا اللبس فح له ولو باع صاحب المقدم نصفه يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب احدهما
ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم
رجع بنصفه في يده الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خيار ربع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ
انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند ابي يوسف ما يدعيه بينهما
نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان
الباقي بعد الاستحقاق قوله والمقبوض بالعقد الفاسد جواب عما يقال ينبغي ان ينتقض
البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه ان القسمة في
البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد
مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لملك البيع فيضمن نصيب صاحبه
رحمه الله ولو وقعت القسمة اي ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين
محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرئ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع
الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق
وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي
بالديون وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ابقاء حقهم ولو ابراه
الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم جازت القسمة الى تبين جوازها
سواء كان الدين محيطا او غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر وارث
او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وفات الورثة ممن تنقض حقهما فان القسمة
تنقض ان لم يرض الوارث او الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر

الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى احد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح
لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة
ودعوى العين يتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم
مشتركا ودعوى الخصوص تناقضه ولقائل ان يقول ان لم يكن دعوى باطلة لعدم التناقض
فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك في نقض ما تم من جهته و
الجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك
في المهايأة لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض
وهي المهايأة واخر عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واخال ان الترجمة باب اولى لان الكلام
في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهم لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز ان يقال
انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء
وقد تبدل الهمزة الفا وتحقيقه ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة وتخارجا او ان الشريك
الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن
قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد
من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس
بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليه
اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء
وابى غيره ولم يطلب قسمة كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانه
جمع المنافع في زمان واحد والمهايأة جمع على التعاقب ولهذا اي ولكون القسمة اقوى اذا طلب
احد الشريكين القسمة والاخر المهايأة تقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة
ثم طلب احدهم القسمة تقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت احدهما ولا بموتهما
لانه لو انتقضت لاستانفه الحاكم لجواز ان يتطلبا لورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستيناف
ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طابقا وهذا طابقا وهذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر
في المتن والتهايؤ في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب
اخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت
واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الاخر ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولو كان
مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التاقيت قيل قوله وكل واحد
ان يستغل ما اصابه يجوز ان يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت
المنافع حادثة على ملكه ومن حدث المنافع على ملكه جاز ان يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك
وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الائمة السرخسي وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان

كان كذلك ايضا والاولى ان يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايأا ولم
يشترطا الاجارة في اول العقد لم يملك احدهما ان يستغل ما اصابه ولو تهايأا في عبد
واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا في البيت الصغير لان المهايأة قد يكون
في الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول متعين ولم يذكر ان هذا افراز ومبادلة
لانه عطف على صورة الافراز فكان معلوما وان كانت المهايأة في الجنس الواحد و
المنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والمواضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة
من وجه حتى لا يتغير احدهما بهذه المهايأة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الاخر قسمة الاصل
اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة كما جازت
في الجنس الواحد لا يكون مبادلة المنفعة بجنسها وان يحرم ربوا النساء والاول اصح لان
العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص
على خلاف القياس فيما مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس
المختلف كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة
قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة
من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان
في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب احدهما ان يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها
والاخر يطلب ان يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا الخ فيا حرمهما القاضي ان يتفقا لان
لكل منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما اذا التهايؤ في المكان اعدل للتساوي فيه في زمان
الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الاخر وفي الزمان اكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب
الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق ونعم للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في
البداية تعيينا للمستحق قوله ولو تهايئا في العبدين واضح وقوله وقيل عند حسنه لا يقسم
اي يقال بعض المشايخ عنه وقوله وهكذا روي عنه يعني روى الخصاف عنه مثل ما قال بعض المشايخ
وقوله والاصح انه يقسم عنه ايضا قال الكرخي معنى قول ابي حنيفة لو ان الدور لا يقسم ان
القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليله
الكتاب وهو قوله لان المنافع من حيث الحقيقة قلما يتفاوت اوجه لبقاء قوله في الاصول
بلا تاويل وقوله ولو تهايئا فيهما واضح وقوله ووجه الفرق يعني بين جواز التهايؤ في
الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان غلته في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول
لان القوى الجسمانية متفاوتة وقوله ولو زادت الغلة في نوبة احدهما يعني في الدار الواحدة
وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان
قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا يجوز للتفاوت وقوله لما بينا

اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الى آخره وقوله اعتبارا بالنهاية في المنافع يعني في
الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت
من حيث الزمان في العبد الواحد فانه قد يكون في احدهما كياسة وحذق يحصل في الشهر الواحد
من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهاني في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي
استغلال العبدين اولى ان لا يجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين
لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة
واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح
لان المنافع من حيث الخدمة مما يتفاوت وقوله والتهاني في الخدمة جوز ضرورة جواب
عن قولهما اعتبارا بالتهاني في المنافع وبيان الضرورة ما سنذكره بعد هذا ان المنافع
لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها اعيانا فيستغلانه على
الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل ان يقول علل جواز التهاني في المنافع بقوله من
قبل لان المنافع من حيث الخدمة مما تتفاوت وعلل ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذكر
قوارير علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور
من قبل من تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وعلة التفاوت جميعا لا ان كل
واحد منهما علة مستقلة وقوله ولان الظاهر وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين
عمله خلافا لهما والوجه ما بينا في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الى آخره وقوله
ولو كان نخل او شجر الى آخره واضح **كتاب المزارعة** لما كان الخارج من
عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المص معناها لغة وشريعة فاغنانا
عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع
باطلة وانما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة
كانت فاسدة بالاجماع وما لا فهي جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف
ما يخرج من ثمر او زرع ولما ذكره الكتاب من القياس وقوله لانه لا اثر هنا لكد العمل في تحصيلها يعني
لانه تحصيل فعل فاعل مختار وهو اكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو
العامل فلم يتحقق فيه الشركة ولابي حنيفة ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فقيل وما
المخابرة قال المزارعة بالثلث او الربع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فانها لا تصح بدون
ذكر المدة وذكر من خصائص الاجارة فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول على تقدير
وجود الخارج فانه لا يعلم ان نصيبه الثلث او الربع يبلغ مقدار عشرة اقفزة او اقل منه او اكثر
او معدوم على تقدير عدم الخارج وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة
وهي ان يقسم الامام ما يخرج من الارض وكان بطريق المن والصلح لانه لو اخذ الكل لجاز لانه زعم ملكه

ملكه غنيمة فكان ما ترك في ايديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد اجمعوا على ان عقد المزارعة
لا يصح الا ببيان مدة معلومة وهي اي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح جائز فلم يكن الحديث
حجة لمجوزيها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطها ان يتعدى الحكم
الشرعي الى فروع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها اغلب حتى اشترطت المدة فيها
بخلاف المضاربة قوله واذا فسدت عنده واضح وقوله والخارج في الوجهين يعني فيما اذا كان البذر
من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله لانه نماء ملكه معوض عن عقب بذر فزرعه
كان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باعتباره و
تحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر
وقوله كما فصلنا اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الى آخره وقوله لان
الفتوى على قولهما واضح وقوله بيان المدة يريد به مدة تمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة
لا يتمكن فيها من الزراعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالبا
لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله لانه اي لان عقد المزارعة عقد على منافع
الارض يعني اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل يعني اذا كان البذر من قبل رب
الارض والمدة هي المعيار لها اي للمنافع بمنزلة الكيل والوزن وقوله اي المعقود عليه منافع الارض
ان كان البذر من قبل العامل او منافع العامل ان كان البذر من قبل الارض ففي الاول مستأجر
للارض وزرعه رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذكر الاعلام وقوله فما يتطرق من الشركة
كان مفسدا للعقد لانه اذا شرطا فيها ما يتطرق الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز
الاجارة المحضة باجر معلوم وقوله بيان جنس البذر وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج
فلا بد من بيانه ليعلم ان الخارج من اي نوع ولو لم يعلم عسى ان لا يرضى لانه ربما يعطي بذرا لا يحصل
الخارج به الا بعمل كثير وفي الاسقاف بيان بذر زرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع او لم
يفوض على المزارعة فانه مفوض اليه **قال** وهو عندهما على اربعة اوجه قيام المزارعة باربعة اشياء
الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما ان يكون الجميع لاحدهما او لا سبيل الى الاول لان المزارعة
شركة في الانتهاء واذا لم يكن من احد الجانبين شيء لم يتصور الشركة فتعين الثاني وهو اما ان يكون
بينهما بالتنصيف او باثبات الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر ان يكون
البذر والارض لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول في الكتاب وان يكون الارض والبقر
لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه وانه ايضا على وجهين احدهما ان يكون
الارض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني والآخر ان يكون العمل لاحدهما والباقي لآخر وهو
الوجه الثالث وهي جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وساق ضحه والمذكور
من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ايضا جائز واعلم ان مبنى جواز هذه

المسايل وفساد ما علل ان المزارعة تنعقد اجارة و تتم شركة والعقاد ها اجارة انما هو
على منفعة الارض او منفعة العامل دون غيرهما لانه استيجار ببعض الخارج والقياس يقتضي
ان لا يجوز في الارض والعامل ايضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص
فيهما دون البذر والبقر اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم
تعاملوا في اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستاجرا للارض ببعض الخارج واما في
العامل ففعل رسول الله صلعم مع اهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على
رب الارض فكان حينئذ مستاجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقي غيرهما
على اصل القياس وكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج
او كان مشروطا على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه استيجار الارض والعامل بذلك بكونه
مؤثرا والاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استيجارا الآخرين او كان المشروط على احدهما
شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم كلام وهو ان
ما صدر وفضله من النوع الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر واذا عرف هذا
فله علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احدهما
شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار
بجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه كما هو والثالث ما فيه استيجار
الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط اشياء غير متجانسين
فلا يمكن ان يكون احدها تابعا للآخر لخلاف المتجانسين فان الاشرف او الاصل يجوز ان يستتبع
الاخس والفرع ووجه غير الظاهر ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض
جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل او بشرط البقر عليه والجواب ان البذر
اذا اجتمع مع الارض يستتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل واما
اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معاوضة
بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل ان يقول استيجار الارض والعامل
منصوص عليه دون الآخرين فكان ارجح ويلزم الجواز ويمكن ان يجاب عنه بان النص في المزارعة لما
ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا دخل
له في الدليل وانما ذكره لانه لما اضاف منفعة الارض الى قوة في طبعها توهم ان ينسب الى القول بالطبيعة
فدفع ذلك وعنا وجهان آخران لم يذكرهما العدوي وهما فاسدان وقد ذكر المص وجه ذلك وبقي
عليه اشكال وهو ان صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر ويستوجب عليه اجر مثل ارضه و
اجيب بان منفعة الارض صارت مستحقة الى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم
يخرج الارض شيئا لان عمل العامل باذره في القاء بذره كعمل بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في

العامل صح

(اي القدوري والنص)

في الوجهين وثم وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد
والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي
عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالفى رسول الله
صلعم صاحب الارض وجعل لصاحب الغدران اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم والحق
الزرع كله بصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الغدران على احدهم مقصودا
به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله الفى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من
الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان اجر مثل
عمله ولم يذكر اجر الغدران يكون معلوما من اجر العامل **قال** ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة
معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا يعني قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه
عقد على منافع الارض الى الجزء والاصل في هذا ان كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه
لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وشبه الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرطا
الجواز فاذا انتفى فسدت قوله وصار كما اذا اشترطا رفع الخراج والارض خراجية والخراج خراج و
طعمة بان يكون دراهم مسماة فحسب الخارج او قفزانا معلومة واما اذا كان خراج مقاسمة وهو
جزء من الخارج مشاعا كالثلث او الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيان فتح جمع
الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى من الارض
والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب وقوله اعتبارا للعرف فيما لم ينص
عليه المتعاقدان فان العرف عندهم ان الحب والتبن يكون بينهما نصفين وحكم العرف عند الاشتباه
واجب قوله والتبع يقوم بشرط الاصل يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه
نصفا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما ايضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة وكان معناه والتبع
يتصف بصفة الاصل وقوله لانه حكم العقد يعني لو انهما سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب
البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب العقد لانه يتميز به وصف
العقد فكان وجوده المشروط وعدمه سواء واما اذا اشترطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه
له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذكر شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن و
كل شرط شانه ذلك يفسد العقد فكانت المزارعة فاسدة **قال** واذا صحت المزارعة فالخارج
على الشرط المزارعة اما ان تكون صحيحة او فاسدة فان كانت صحيحة فاما ان اخرجت الارض
شيئا او لم تخرج فان اخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا
يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فله شيء للعامل لانه يستحق بشركة
يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فله بدل الاجارة
اجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فله يستحق غيره واستشكل بمن

استاجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستاجر اجر المثل فليكن هذا
مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجيب بان الاجر هلك هنا
بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبل الاصل قبض الفرع والاجرة
العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا هنا وان كانت فاسدة لكن فرق
بين ان تخرج الارض وان لا تخرج في وجوب اجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم
الخارج فان لم تخرج شيئا فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللعامل الاجر منه بالتسمية
وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له
لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ
لانه استوفى منافع بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف وقد مر في
الاجارات قال صاحب النهاية وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب
الاجارة الفاسدة في كتاب الاجارة في مسئلة ما اذا استاجر حمالا ليحمل طعاما بقفيز منه
فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيز لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما
سمي وبين اجر المثل وهذا كله فيما اشتركا في الاختطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد
لان المسمى هنا كان غير معلوم فلم يصح الحط فيجري هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم ان عند محمد
لا يبلغ اجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاختطاب
ثم ذكر ههنا وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ الى ان قال وقد مرت في الاجارات وذلك يدل
على ان مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك واجيب بان
هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاختطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه
حوالة بلا تغيير وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع
الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فيصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل
يزاد على قدر المشروط له من الخارج او لا فهو على الخلاف في الحاد ولو جمع بين الارض والبقر حتى
فسدت المزارعة كان على العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة
يجوز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب اجر
المثل وقوله هو الصحيح احتراز عن تاويل بعض اصحابنا لقول محمد في الاصل لصاحب الارض
والبقر اجر مثل ارضه ويرجع على صاحب البذر وان المراد به ان يجب اجر مثل الارض مكروبة اما
البقر فله يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب
اجر المثل لا يكون بدون العقد لان المنافع لا تتقوم بدونه قوله واذا استحق رب الارض الى آخره
واضح فلا حاجة الى تحقيق الفارق بين حيث تمكن في منفعة الارض فاوجب التصدق بالفضل وبين
حيث تمكن في عمل العامل ولم يوجب ذكره وفي كلام المص اشارة الى ذكر حيث قال لان النماء يحصل

بحصول البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا بليغا
بالغا ما كان الحب بعد ما افاوت وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر والحب
الجذاذ وليس بذكر المغابنة لجواز حصوله بدون عادة كما اذا ابتلت الريح فالقت البذر
في ارض وامطر السماء وكان ما تمكن به شبهة الحب فلم تورث وجوب ذكر قال واذا
عقدت المزارعة في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكون لازما او غيره وهو لازم به في حال
دون حال اما بعد القاء البذر في الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر
واما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع
صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في
الحال فصار كمن استاجر رجلا ليهدم داره وان امتنع غيره اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه
بالوفاء بالعقد ضرر سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها والعقد
لازم من جهته بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر تفسخ به الاجارة كالمرض المانع عن العمل
والدين الذي لا وفاء به عنده الا ببيع الارض تنفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض
والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الاكراب لان الماء الذي به يحصل
المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قوته بجزء من الخارج وقد فات قبله هذا الجواب
في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه ان يسترضي العامل لانه غره في الاستعمال واذا مات احد
المتعاقدين بطلت المزارعة قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة وقد مر الوجه في
الاجارات وهو قوله لانه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة او الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد
لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذكر لا يجوز وفي الاستحسان يبقى العقد الى ان يستحصد الزرع
نظرا للمزارع فانه في الزرع غير متعد فلم يبق العقد او انتقل الارض الى ورثة ربها لتعلقها
الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدي والى هذا اشار المص بقوله فلو كان
دفعها الى ثلث سنين الى آخره واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان
الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بينهما بنبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت
في قوله وجه الاستحسان فيما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله
ترك ذكره اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل
الارض وهو الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة
ما عمل كما مر ذكره بعيد هذا واذا فسخت المزارعة بدين فاوجب ان يتبدل من قدر الامر
انتقل الحق صاحب الارض احوجه الى بيعها جاز الفسخ كما في الاجارة وقوله فسخت التشبيه
بالاجارة يشير الى انه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا
لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذكر فليس

للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما يتقوم بالعقد وهو الما تقوم
بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا
الجواب بهذا التعليل انما يصح اذا كان البذر من قبل العامل اما اذا كان البذر من قبل رب الارض
فللعامل اجر مثل عمله وذكر لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد
واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فبقي عمل العامل من غير عقد وكالشبهة عقد فلا يتقوم على
رب الارض واما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد
واردا على منافع الاجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض باجر مثل عمله كذا
في الذخيرة محالة الى مزارعة سبق الكلام وفيه نظر فان منافع الاجير وعمله انما يتقوم على رب الارض
بالعقد والعقد انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ثم الفسخ بعد عقد المزارعة و
عمل العامل متصور في صور ثلث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر
حكمه وما اذا فسخ وقد نبت ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا يتبع الارض بالدين ليستحصد الزرع لان
في البيع ابطال حق المزارع وحق التأخير وان كان اضرارا بالغرماء لكن التأخير اهون من الابطال وتخرجه الفسخ
حكما من الحبس بالدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المص الصورة
الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين تام حل له
ان يبيع فيما اختلف المشايخ قال بعضهم له ذلك لان ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير
استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك
ولهذا يملكه الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للزارع في الارض عين قائم ولعل
هذا اختيار المص ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن
البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية قال واذا انقضت مدة المزارعة
واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع اجر مثل نصيبه من
الارض الى ان يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه اجر مثل نصف الارض لان
المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية
نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلم يسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي
وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب
وقوله لان في تبقية الزرع دليل وجوب الاجر ووجه ذلك انا لو امرنا العامل بقلع الزرع عند
انقضاء المدة تضرر به وان بقيناه بلا اجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من
الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى
الزرع بلا اجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكله ايضا فيه واضح فاذا انقضت
المدة واحتاج الزرع الى النفقة فانفق احدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه انفق على ملك

على ملك الغير بغير امره لا يقال هو مضطر لاحياء حقه فله ولاية التبرع لان تمكنه من الاستيذان
من القاضي يمنع الاضطرار ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار
بالمزارع فلا يمكن منه وتخيير رب الارض بين الامور الثلثة المذكورة في الكتاب بدليل ما ان قيل
ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض والمستدفاع الضرر
ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض
متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه واجر المثل قدر علة تحله في المزارع فانه يرد عن
نفسه بالقلع ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان يصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله
ولو مات المزارع ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الى اخره
وقوله والمالك على الخيارات الثلثة يعني المذكورة الا انه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع
بكلها اذا العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان المزارع
لما امتنع عن العمل الى اخره قال وكذا اجرة الحصاد والرفاء قد تقدم معنى الحصاد والدياس
في البيع الفاسد والرفاء بالفتح والكسر هو ان يحمل الزرع الى البيدر والتذرية تمييز الحب
عن التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع
لم يدرك ربما كان يوهم اختصاصها بذلك فقال المص وهذا الحكم ليس مختص بما ذكر من الصور
وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل ان اشتراط
ما ليس من اعمال المزارعة على احد المتعاقدين يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما
ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من اعمالها وغيره
ان كل ما هو ينبت وينمي ويزيد في الخارج فهو من اعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس
والتذرية ورفعه الى البيدر واذا شرط شيء منها على احدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى اصحاب
الاملاء عن ابي يوسف انها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا بالاستصناع قال شمس الائمة
هذا هو الاصح في ديارنا والمص جعل الاعمال ثلثة ما كان قبل الادراك كالسقي والحفظ وهو منها اعمالها
وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى
البيت والطحن واشباههما وما ليس من اعمالها فيكون ان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على
الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتميز ملك كل واحد منهما عن ملك
كل واحد منهما عن ملك الاخر لكان التبذير وملكه اليه خاصة والمعاملة قياس هذا الى المساقاة
ايضا على هذه الوجوه وقوله لان مال مشترك سواء مشترك بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل
باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما الا يرى ان نصيب كل واحد اذا كان معينا في قرية يقال
لهم شركاء في القرية كتاب المساقاة كان من حق المساقاة
التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلعم باهل

خبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى
الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني في لكثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة
وهي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي هي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم
باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي
الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند ابي حنيفة كالمزارعة وبه اخذ زفر وجائزة
عندنا وهو قول ابن ابي ليلى وقال المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها بان يكون
النخل والكرم في ارض بيضاء تسقى بماء النخيل فيؤمر بان يزرع الارض ايضا بالنصف وقد ذكر
دليله في الكتاب وهو واضح والجواب ان مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس
في جميع البلدان الحقاها بالمضاربة فجازت مستثناة عن المعاملة وقوله وادراك البذر في اصول
الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر معناه لو دفع رطبة ليتم جزازها على ان يقوم عليها حتى
تجف بردها على ان ذرق الله فهو بينهما جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير في
معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت
معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون مصححا والرطبة لصاحبها وقوله
غرسا قد علق اي نبت ولم يبلغ حد الاشجار طاهر وقوله لخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة
على ان يقوم عليها معناه حتى يذهب اصولها او ينقطع نباتها وقوله او المطلق في الرطبة
يعني لم يقل حتى يذهب اصولها فسدت المعاملة معناه اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة فان
كان فهي جائزة كما لو اطلق في النخل فانه ينصرف الى الثمرة وقد ترك المص ذكره قيدين
لاغنى عنهما فكان ايجازا مخلا وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل
النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب اصولها لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله
لا يخرج الثمر فيها اي في الوقت انتهى بتاويل المدة **قال** وتجوز المساقاة في النخل والشجر هذا
بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا تجري فيه وخصص ان في جوازها بما ورد فيه الاثر من حديث خيبر
وكان في النخل والكرم ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم ان
الخبر خصها لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولئن سلمنا ذلك يكن الاصل في النصوص
التعليل لا سيما على اصله فان بابه عنده اوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف عام ودليل
التميز على كونه جامعا بين الاوصاف واما نحن فانا لا نجوزه بالعلة القاصرة ونشترط قيام الدليل على ان
هذا النص بعينه معلول وموضعه اصول الفقه وقوله وليس لصاحب الكرم واضح وقوله لما قدمناه وفي بعض
النسخ على ما قدمناه اشارة الى ما ذكره في المزارعة بقوله واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر
لم يجبر عليه الى آخره والحاصل ان المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة
فان صاحب البذر يلحقه ضرر الحال بالقاء بذره في الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذره صاحب

الشافعي

صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه الايفاء الا ببيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله لم
يرد به الشرع لانها جوزت بالاثر فيما يكون اجر العامل بعض الخارج وقوله واذا فسدت المساقاة
واضح وقوله والخارج بينهما للعامل ان يقوم عليه جواب الاحسان ايفاء للعقد دفعا للضرر عنه
واما في العكس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان الخارج بين رب الارض وبين العامل
نصفين ان شرطا النصف لان صاحب الارض استاجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض
بموت احد المتعاقدين والبقاء واضح مما ذكرنا نظيره في المزارعة وقوله وهذا خلافه في حق
مالك جواب عما يقال كان للورثة الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو
واضح وقوله والخارج بينهما نصفين فهذا والاول يعني صورة الموت سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل
كما كان يعمل لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره وان ابى خير الآخر بين الخيارات الثلاثة بخلاف
المزارعة في هذا اي فيما اذا انتقضت مدة المزارعة لان الارض تجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل
هنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح **قال** وتنفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات المساقاة
تنفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات يريد به قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها
فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره وقد بينا وجوه العذر هناك في الاجارة وكلام
واضح وقوله فيه روايتان يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احديهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك
لان العقد لازم لا ينفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر وتاويله
ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه النخل على ان يعمل فيها بنفسه و
باجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون تركه العمل عذرا في فسخ المعاملة ومن دفع ارضا بيضاء
ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز
ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة وهو الارض وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض
وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان او هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله
وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فانه لو قلع الغراس
وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما للقطعة خشبة ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم
الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فاذا لم يكن تسليمها
شجرا وجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها اعيان متقومة بنفسها لا بالمجانسة
بينها وبين عمل العامل لانه يتقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه وفي تخريجها طريق آخر ذكره
المص في كفاية المنتهى وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه وشراؤه
جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس بنصفها
او جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف وهو هذا يعني المذكور
في الهداية اصحها لانه نظير من استاجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على ان يكون نصف

المصبوغ للصباغ في ان الغراس آلة تجعل الارض بها بستانا كالمصبوغ للثوب فاذا فسدت
الاجارة بقيت الآلة متصلة بفكر صاحب الارض وهي متقومة فتلزمه قيمتها كما تجب على صاحب الثوب
قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه واجر عمله **فصل** ـــــــــــ **الذبائح** المناسبة
بين المزارعة والذبائح كونهما آلة فالحال للانتفاع في المآل فان المزارعة انما يكون باتلاف
الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان باذهاق روحه في الحال للانتفاع
بلحمه بعد ذكره واعلم ان العراقيين ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا ولكن الشرع احله لان فيه اضرارا
بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل بعثته
ولا يظن به انه ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسماء الاصنام فعرفنا انه كان يذبح
ويصطاد بنفسه وما كان يفعله ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه واجيب بانه يجوز
ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبائح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي
ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث قصور
منفعته فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما
فيه الم لهم والذكوة الذبح واصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب
وذكاء النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى قوله الذكوة شرط حل الذبيحة شرط اكل ما يؤكل لحمه
من الحيوان لقوله تعالى الا ما ذكيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الى آخره استثنى من الحرمة المذكى
فيكون حلالا والمترتب على المشتق معلول بصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت
شرطا لان غير المذكى ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز
من اللحم وانما يتميز بالذكوة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجرادة والسمك لان حلهما بلا
ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل للاكل يثبت به الطهارة في غيره لان الذكوة تنبئ عن الطهارة
ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكوة الارض يبسها يعني انها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت و
طابت كما ان الذبيحة بالذكوة تطهر وتطيب وهي يعني الذكوة اختيارية كالجرح فيما بين اللبة
واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن قوله وهي كالبدل عن الاول واضح
وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت امارة البدل فقال كالبدل ومن
شرطه اي شرط الذبح ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي
فانه يدعي ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم غير الله والمسيح لقوله تعالى وما اهل
به لغير الله ومن شرطه ان يكون حلالا لا خارج الحرم كما سيجيء **قال** وذبيحة المسلم والكتابي حلال
ذبيحة المسلم والكتابي ذميا كان او حربيا حلال اذا اتى به مذبوحا واما اذا ذبح بالحضور فلا بد من
الشرط المذكور وهو ان لا يذكر غير اسم الله تعالى وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم وانما استثنى ان
يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قطعيا في الافادة فمن ايه قوله تعالى

فيها

وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال البخاري في صحيحه حل ابن عباس طعامهم ذبائحهم
واستدل بعض على ذكر بانه لو لم يحمل على ذكر لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسي
اذا اصطاد سمكة حل اكلها وفيه نظر فان التخصيص بالعلم لعلم لا يدل على النفي عما سواه وكل اذا كان
الذابح يعقل التسمية قيل يعني يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل ان حل الذبيحة بالتسمية والذبيحة
يعني يقدر على الذبح ويضبط اي يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وان كان اي الذابح
صبيا او مجنونا قال في النهاية اي معتوها لان المجنون لا قصد له ولا له منه لان التسمية شرط
بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكر يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط
والآتلف والمجنون سواء لما ذكرنا قيل اراد به الآتلف المذكور بين وفيه نظر لان عادته في مثله
لما تلونا وقيل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولى
ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذكر
قيل انما ذكر الآتلف احترازا عن قول ابن عباس رض فانه يقول شهادة الآتلف وذبيحته لا
تجوز قوله والملة في الكتابي ينتظم كذا الظاهر قوله لان الشرط قيام الملة فيه نظر لان من وجوه
الشرط لا يلزم وجود المشروط ويمكن ان يجاب عنه بانه شرط في معنى العلة وقوله ولا يؤكل ذبيحة
المجوسي واضح وقوله بخلاف الكتابي اذا تحول الى غيره دينه يريد به من اديان اهل الكتاب اما اذا تجسس
فلا يؤكل ذبيحته **قال** وان ترك الذابح التسمية ان ترك الذابح التسمية اختيارا كان او
اضطرارا عامدا او ناسيا قال الشافعي يشمل الجواز وقال مالك يشمل العدم وعلماؤنا رحمهم الله
فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا يؤكل وان تركها ناسيا اكل استدل الشافعي بقوله صلى الله
عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك و
بان التسمية لو كانت شرطا لحل لسقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة فانها لما كانت
شرطا لم تجز صلوة من نسي الطهارة لكنها سقطت بالعذر سلمنا انها شرط لكن الملة اقيمت مقامها
كما في الناسي من الحديث ما ذكره في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي
بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تقتضي التسوية بين العمد والنسيان
والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما اذا كان على الناسي عينة مذكورة كالاكل في الصلوة والجماع
في الاحرام وههنا ان لم تكن عينة توجب النسيان وهو ما يحصل للذابح عند ذهوق روح حيوان من
تغير الحال فليس عينة مذكرة بموجودة ولا مانع ان يمنع بطلان انه ايضا على مذهب مالك وعن النزل
بما ذكره في الكتاب يعني ان اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له
واما ما شنع به المص بكون ما ذهب اليه الشافعي مخالفا للاجماع فواضح ولاستدل مالك بظاهر قوله تعالى
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تاكيده بعد الاستغراق عن اكل
متروك التسمية وهو بالحلال فيقتضي الحرمة من غير فصل وهو اقرب لا محالة من مذهب الشافعي لانه موجب

ابن عمر رضي الله عنهما والجواب انه غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المجاعة وظهر الانتقاد ولم تقع
الخلاف في الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه الالفاظ لا يخفى على اهل اللسان وفي ذكر ايضا من الحرج
ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مرفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج
فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال
ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على ان المراد به الذكر باللسان
يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام مؤكد عن الاستغراقية
التي تفيد التاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال
الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان
فان من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في
الصوم لذكره مجال الكلام في الاية اوسع وقد قررناه في الانوار والتقرير والاجماع هو ما يقتضيه
يريد به ما ذكر في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في متروك التسمية عامدا وانما الخلاف
بينهم في متروك التسمية ناسيا الى آخره والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى الله
عليه وسلم حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم
تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا
الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال الباز والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار
شرط عند الذبح وعلى المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وعلى الآلة
لان الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد
فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره
المسائل المذكورة ظاهرة وقوله ومحمد رسول الله بكسر الدال يشير الى انه لو قال غير مكسور لا يحرم
قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لم يحل لانه يصير ذابحا بها وان رفعه
حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد انه لا يرى
الخطاء في النحو معتبرا في باب الصلوة ونحوها لا يحرم وقوله حتى لو قال عند الذبح اشارة الى انه
لو قدمه او آخره لا بأس به ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية بلا خلاف والفرق لابي
يوسف بين هذا وبين التكبير ان المأمور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي
قائمات صففن ايديهن وارجلهن وهناك التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا ولو عطس
عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الروايتين والفرق لابي حنيفة بين هذا وبين الخطيب يوم
اذا عطس يوم الجمعة على المنبر وقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك العذر في احدى الروايتين
عنه لان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح والذبح
بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله واني بلفظ الجامع

الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذكر لان في رواية القدوري الذبح بين
الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله
صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل
العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو يلي ظاهر الرأس فيستغني
في حل ما بقي عقدة الحلقوم مقابلا للصدر ورواية المبسوط ايضا شاهدة ولكن صرح في
ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذا ذكر في فتاوى اهل سمرقند لانه
ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع
العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا
معتبر بالعقدة قال والعروق التي تقطع في الذكوة العروق التي تقطع في الذكوة
اربعة الحلقوم والمرئ والودجان واختلف العلماء في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب
الثلث فقهاء الى الاكتفاء بالحلقوم والمرئ وذهب مالك الى اشتراط قطع جميعها وذهب ابو يوسف
الى اشتراط قطع الحلقوم والمرئ واحدى الودجين رجع اليه بعد ما كان قوله كقول ابي حنيفة
كما ذكره وذكر القدوري ان قول محمد ايضا وقال المص المشهور في كتب مشايخنا ان هذا
قول ابي يوسف وحده وذكر عن محمد انه يعتبر اكثر كل نوع منها وهو رواية عن ابي حنيفة واما ابو حنيفة
فقد اكتفى بقطع الثلث ايها كانت وهي ثلثة اوجه وان قطع الجميع فهو اولى وهو وجه رابع
والاصل فيه ذكر قوله صلى الله عليه وسلم افرى الاوداج ما شئت والفري القطع الاصلاح والافراء القطع للافساد
فيكون كسر الهمزة انسب ولهذا قال بعد هذا الوزود والامر بفريه احتج الشافعي بانه جمع الاوداج
وما عنه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم و
المرئ لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج
لا دلالة لها على الحلقوم والمرئ اصلا واما المعنى فلان المقصود اسالة الدم الفجس وهو انما يحصل
بقطع مجراه واحتج مالك بظاهر دلالة اللفظ وبما يتعقبه فان الاوداج جمع واقله ثلثة فيتناول
المرئ والودجين وقطع هذه الثلثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء وجوابه
سيجيء واحتج ابو يوسف بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فيفوت احدهما مناب الآخر
اذ كل منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرئ فان المرئ مجرى الغذاء والماء والحلقوم مجرى النفس
ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجيء واحتج
محمد بان كل نوع منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولوزود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل
فيعتبر اكثر كل من الامور الاربعة وهو اقرب كما ترى واحتج ابو حنيفة بان الاكثر يقوم مقام الكل
في كثير من الاحكام واني ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل به وهو انتهاء
دم المسفوح والتوجية اي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يجيء بعد قطع مجرى النفس والطعام

وحصل بهذا جواب الى يوسف وبقوله ويخرج الدم بقطع احد الوجهين فيكتفى به كحز ما عن زيادة
التعذيب جواب عما ذكر لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثم معهود فينصرف الى
الواحد كما في قوله تعالى بكل ذكر النساء لان ما نحن فيه ليس افراد حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون
كذلك وقوله خلافا لما اذا قطع النصف لان الاكثر باق قيل يعني اكثر المرخص فيه وهو الثلث فان الاثنين
لما كانا باقيين كان اكثر المرخص باقيا فله يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان النصف الباقي
حكم الاكثر فكانه لم يقطع شيئا وربما لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح
بالظفر والقرن والسن المذبح بالظفر والقرن والسن المنزوعة جاز مكروه واكل المذبوح بها
لا باس بها وقال الشافعي هو ميتة لقوله صلعم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن
فانهما مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق على جواز اكله فيتناول الحرمة المنزوعة والقائم ولان الذكوة
فعل مشروع وانهار الدم بهما مطلق غير مشروع فلا يكون ذكوة لغير المنزوع ولنا قوله صلى الله عليه و
سلم انهر الدم بما شئت وفي رواية افرى الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره
الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذكره وهو قوله صلعم فانهما مدى الحبشة
فانهم لا يقلمون الاظفار ويحفون الاسنان ويقاتلون بالحرش والعض وهذا معنى قوله وما
رواه محمول على غير المنزوع وقوله ولانه آلة جارحة جواب عن دليله المعقول وتقريره انا لا نسلم
ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه اي كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها
المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى الفاظ الليطة
الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل
فيكون في معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد اردت ان تنهشها موتات قيل انما يكون ذكر
اذا علم المقصود بالذبح ان التحديد لذكره وليس كذلك لان المذبوح لا عقل له وهو مع كونه سوء
اوت ساقط لان الوهم في ذكره كاف وهو الموجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات
وما نحن فيه ليس منها والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيه فسره المص بانه عرق ابيض في
عظم الرقبة ونسب صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى
الصلب وروي بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وهي شرايين واوتار وما
ثم شيء يسمى بالخيط اصلا ثم ذكر المص الاصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة الم
لا يحتاج اليه في الذكوة قال وما استمكن من الصيد قد مر ان الذبح الاضطراري بدل عن
الاختياري فلا مصير الى الاول قبل العجز عن الثاني وهذا يخرج ما ذكروه الكتاب قوله لما بينا اشارة
الى قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وقال مالك لا يحل الاكل بذكوة الاضطرار
في الوجهين يعني ما توحش وما تردى لان ذكرنا دور والتدارك لا حكم له وقلنا لا نسلم التدارك ولئن
كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق قوله في الكتاب يريد به الذي روى وكلامه واضح والنخع قطع

العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب في الابل الاول وفي غيره الثاني والعكس يجوز
ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله بمعنى في غيره اي غير الذبح وهو ترك السنة وقوله استرمعناه بنت شفرة منذ
المكان وكلامه واضح خلا انه لم يجب عن الحديث الذي استدل به لانه لا يصلح للاستدلال لانه روي وذكاة امه بالرفع
والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال انه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه اقوى في التشبيه من الاول عرف
ذلك في حكم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقدم ذكاة الجنين كما في قوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها
سوى ان اعظم الساق منك دقيق ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لان المقصود من الذبائح والوسيلة
الى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر اوصاف السبع ليبني على ذلك قوله كيلا يعد شيء من هذه
الاوصاف الذي مد اليهم والفرق بين الاختطاف والانتهاب بان الاختطاف فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع
البهائم قال في المبسوط فالمراد بذي المخلب ما يختطف بمخلبه من الهوام كالباز ي والعقاب ومن ذي النهبة ما ينتهب
بنابه من الارض كالاسد والذئب قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب لان لهما نابان يقاتلان بهما فلا يؤكل
لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر انه سئل عن الضبع
اصيد فقال نعم فقيل يؤكل لحمه فقال نعم فقيل اشيء سمعته من رسول الله صلعم فقال نعم فلا يكون حجة
اجيب بان حديثنا مشهور ولا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله صلعم
وحرم عليهم الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طير ابلق يشبه البشر في الخلقة والبغاث
ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه واما الغراب الابقع والاسود فهما انواع ثلاثة نوع يلتقط الجيف لا يأكل
الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي يسماه المص الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه
ونوع يخلط بأكل الحبة والجيف اخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند ابي حنيفة مكروه عند ابي يوسف
قوله وكذا الصداق وهو غراب القيظ لا يؤكل واصل ذلك ان ما يأكل الجيف فلحومه من الحرام فيكون
خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند ابي حنيفة وهو الاصح
لان النهي عن اكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله اما الضبع فلما ذكرنا يريد به قوله ويدخل الضبع يعني
انه ذو ناب وقوله وهي حجة على الشافعي يعني نهي النبي عم واتنه لثابت الخبر فان قيل يعارضه
ابن عمر ان النبي عم سئل عن الضبع فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه فلا احله ولا احرمه وحديث
ابن عباس قال اكل لحم الضبع على مائدة رسول الله عم وفي الاكليل ابو بكر رضي الله عنه اجيبا بان الاصل ان الحاظر
والمبيح اذا تعارضا ترجح الحاظر على المبيح ما قيل بالتحريم ولا نؤكل الحمر الاهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر
المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك سفيان بما روي عن عائشة انها سئلت عن ذلك فقالت قوله تعالى
اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الاية وحديث خالد بن الوليد قال رسول الله صلعم لم يبق من ما لي الا حرمت
فقال عم كل من سمين مالك واستدلالا على اكل الوحشي وهو ضعيف ما الاية فلجواز ان يكون قبل حرمة لحم الحمر
والدليل على ذلك حرمة الاشياء لحرمة الخارجة عن مدلولها واما الحديث باكل ثمنها واما الاستدلال فلان
من شرطه ان لا يكون النوع منصوصا عليه والنص الناهي عن الحمر الحمر الاهلية قام فبطل القياس رحمه الله

ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويرد باذناما بانه يترك
ذلك لحل عليه فينبغي ان لا يحل عليه وهو فاسد فان الكلام في ان نترك اعلى النعم والذاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى
والحل ليس كذلك قوله والاول يعني كون الكراهة للتحريم اصح لانه روي ان ابا يوسف سال ابا حنيفة اذا قلت في شيء اكره
فما اريد منه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض
العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن
ابي يوسف قوله ولا نوكل من حيوان الماء الا السمك واضح والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا
علا والمراد من السمك الطافي هو الذي يموت في الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو والجري نوع من السمك
والمارماهي كذلك وقوله والحية عليه ما روينا يعني قوله عم احلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله ويستحب عليه فروع
كثيرة بناها في كفاية المنتهى منها انه لو وجد في بطن السمك سمكة اخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها و
كذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جباره لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جرها في خيطه
لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فانها كذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في اكلها
لانه لم يظهر موتها سببا اذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اصطيادها القاء في الماء لتاكل فمات
منه وذلك معلوم فلا يباح اكلها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله
وفي الموت بالحر والبرد روايتان احديهما انها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو القاه الماء على اليبس والاخرى
انها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليسا من اسباب الموت في الغالب اطلق القدوري الجواب
ولم ينسبهما الى احد وذكر شيخ الاسلام انه على قول ابي حنيفة لا يحل وعلى قول محمد كل الاضحية
اورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص الخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى وهي فعولة
فكان اصلها اضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الياء لتنقلب
الياء وتجمع على اضاحي بتشديد الياء قال الاصمعي فيها اربع لغات اضحية بكسر الهمزة وضمها وضحية بفتح الضاد وعلى وزن فعيلة كهدية وهدايا
واضحاة وجمعها اضحى كارطاة وارطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت
قربة وهو يوم الاضحى وشرائطها سنذكرها في اثناء الكلام وسببها الوقت وهو ايام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم
اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول
ثم ان الاضحية تتكرر بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى كان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد
ولا نزاع في سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع الصلاة عليها لا يقال لو كان الوقت
سببا يوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والعوض عدمه وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر
اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط
الاضحية فلو كانت القدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج تسقط بهلاك النصاب والخارج واصله
الزرع انه لا يقال اذن ما يمكن به المراد من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب لانا نمنع النصاب فلا نسلم ان وجوبها بالقدر
الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الغنى فيشترط

فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك يوجب التمليك وليس كذلك لان الواجب المال فلا يحصل بالاتلاف كالاعتاق
والصدقة لئن تصدق باللحم فقد حصل نوعان اغناء الفقير بالاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير واما حكمها فالخروج
عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى رحم الله الاضحية واجبة كلامه واضح والمتن
اسم كتاب في الفقه صنفه ابو يوسف وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلوة والصوم فانهما تختلفان فيها لان المسافر
تلحقه المشقة في ادائها والعقيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية والمسكون في صدر الاسلام ثم نسخ قوله ومثل هذا لا يجب
لا يليق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله عم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي اجيب بانه محمول على الترك اعتقادا اذ الترك اصلا
فان ترك السنة اصلا حرام وقد يجب المقابلة به لان فيه ترك الاداء ولا مقابلة في غير الحرام وقولان الاضافة للاختصاص ظاهر
وقوله الموافي للاختصاص بالوجود لانه اذا لم يوجد لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا
بالنظر الى الجنس لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بان السنة ايضا تفضي
الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة واجيب بان الوجوب افضى اليه لاستحقاق العقاب
بتركه قوله غير ان الاداء اختص باسباب الخ بشرائط تتعلق على الماء واستحضار ما وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت
معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف الا يرى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن
الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرة فاولى ان يسقط عنه وجوب الاضحية وهو اقوى فرجا من زيادة ثمن الماء وقوله
والمراد بالارادة جواب عما استدلوا به من قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فكان معنى قوله من اراد من قصد التضحية
الخ هي واجبة لقول من يقول من اراد الصلوة فليتوضأ وقوله والعقيرة جواب عما استشهد واها وقوله على ما قيل يشير الى
ان في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير النص وذكر في الايضاح انها عبارة عما اذا ولدت الناقة اناثا
وذبح اولادها فاكل واطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عم كتب علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عم
ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر لا يضحيان لسنة والستتبين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن
الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله
ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا
لا يضحيان حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله وانما اختص الوجوب باربعة بيان للشروط
المذكورة في اول الباب وقوله لما بينا اشارة الى قوله غير ان الاداء يختص باسباب تتعلق على الماء واستحضارها وقوله
لما روينا اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله وستتبين مقداره اي مقدار الوقت وقوله لا يجب
عن ولده يعني سواء كان كبيرا او صغيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن ابي حنيفة
انها تجب عليه وقوله والاصح اي يضحي من ماله اي من مال الصغير وياكل الصغير من الاضحية التي هي من ماله ما امكنه ويتاجر
بما بقي ما ينتفع بعينه كالفراء والمخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا روى ابن سماعة عن محمد وقيل ذلك يبيع في جلد الاضحية
من غير خلاف احد واما في لحمها فليس له ان يطعم او ياكل رحمه الله ويذبح عن كل واحد منهم شاة كلامه واضح قوله وكذا اذا كان
نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز كما اذا مات وترك امرأة وبقرة فضحيا يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة اقل من السبع فلم يجز
نصيبها ولا نصيب الابن ايضا وقوله يجوز في الاصح احتراز عن قول بعض المشايخ انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة اسباع و

ونصف سبع ونصف السبع ولا يجوز في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي وجه الاصح ما ذكره في الكتاب وبه اخذ الفقيه
ابو الليث والصدر الشهيد وقوله اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد بان يكون مع احدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الاخر
البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله اعتبارا بالبيع لان في العقد بعض التلك فلم يجز فاذا عدم وجود القدر والجنس
وقوله وقد امكن دفع الجرح لان بالشراء للتضحية لا يمنع البيع ولهذا لو اشترى ضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به باس وقوله
لما بينا اراد به قوله لانه احدها للقربة فيمنع عن بيعها الى قوله وما رويناه حجة على مالك وان فيه اشارة الى قوله ومن ذبح بعد
الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد
معناه ان يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعل علي رضي حين قدم الكوفة وقوله اجزاه
استحسانا يشير الى انه لا يجوز قياسا لان اعتبار اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز وفي العبادات
يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب فوقوله وقيل هو جائز اي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق ان
المسنون في العيد هو الخروج الى الجبانة واهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا رحمه الله وهي جائزة
في ثلاثة ايام كلامه واضح قوله ويجوز الذبح في لياليها اي ليالي ايام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة
الاولى وهي الليلة العاشرة من ذي الحجة ولا الليلة الرابع من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب
وهو اليوم العاشر وتفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة الثالث عشر على
الاظهر وجه وانما جازت في الليل لان الليالي تبع الايام واما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله والتضحية فيها اي في ايام النحر
افضل من التصدق بلحم الاضحية اما في حق الموسر فلا تقع واجبة في ظاهر الرواية وسنة في احد قولي ابي يوسف والتصدق بالثمن تطوع
محض ولا شك في افضلية الواجب والسنة على التطوع واما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين القربتين اراقة الدم والتصدق والاراقة
قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك ان الجمع بين القربتين افضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف
ظاهر فان الطواف في حق الاناثي لفواته افضل من صلاة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه افضل ولو لم يضح
حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه بان عين شاة فقال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا او غنيا
او كان المضحي فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان من لم يضح غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينها
تصدق بقيمة شاة اشتراها ولم يشترها لانها واجبة على الغني عينها او لم يعينها وعلى الفقير بالشراء بنية الاضحية عندنا فاذا فات
وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تفوت بفوات الجمعة
والصوم بعد الفجر فيه والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء رد لا يعني بالعيا
والعوراء هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قل ما يخلو عن يسير العيب
واليسير لا اثر له في لحمها وللعور اثر في ذلك لانه يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وقلة العلف تؤثر الهزال والحديث
المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها لا يمكنها المشي برجلها العرجاء وانما تمشي بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابع على
الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي اي مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضح وقيل معناه قريب
قريب من ذلك اي على الاولى هو ان الاكثر من الثلث مانع لا ما دونه اقرب الى ذلك الذي هو ان الاكثر من النصف
اذا بقي اجزاه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع والثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن ابي يوسف ومحمد روايتان وقد تقدم

تقدم وجه ذلك في اكتفاء العفو في اول الكتاب وقوله لان القرن لا يتعلق به مقصود الا يرى ان التضحية بالابل جائزة ولا قرن
له ولكن الاملح ما فيه ملحة وهي بياض تشوبه شعرات سود والوجاء نوع من الخصاء وهو ان ترض الانثيان من غير اخراج الخصيتين
وقوله فتغيت معنى هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله كما في نصاب فانه اذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمن
رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب
وعلى هذا الاصل يعني كون الواجب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله وعلى الفقير بالشراء وجهه لان الوجوب عليه
بالشراء وقد تعذر وهذا الذي ذكرنا من الاصل يوافق ما ذكر شيخ الاسلام ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية
الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر رواية اصحابنا يجب وروى الزعفراني عن اصحابنا انها لا تجب وهو رواية النوادر
وقوله فانكسرت رجلها من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا اصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع
للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بلا فيه لان تادي الواجب بالتضحية لا بالاضطجاع وهي معيبة
عندها فصار كما لو كانت كذلك قبله وقوله لانه حصل بفعل الذبح دليل محمد ودليل ابي يوسف ان العذر لما انقطع خرج الفعل
الذي تعيبت به من ان يكون سببا من اسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفوات فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر رحمه الله
والاضحية من الابل والبقر كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تم له سنة كذا
في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزء ولهذا تتبعها في الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفحل هو الماء وانه
غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل فاعتبرها قوله لكن من شرطه ان يكون قصد المحل القربة لان النص
ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهتي القرب كالاضحية والقران
والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافهما لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اخذ معناها من حيث كونها قربة
فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كانت بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في البدنة لعدم التجزي وقوله ولنا
انه قربة يشبه الاحسان وفي القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزى وبعض الاراقة وقع نفلا او لما صار الكل كذلك
ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير للحم مع نية القربة اذا لم تصادف محلها او كانت في غير
وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال وباكل من لحم الاضحية الاضحية اما ان تكون منذورة او لا فان كان
فالحكم ما ذكره في الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها ان ياكل منها ولا ان يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وسبيل المتصدق
ان ياكل من صدقته ولو اكل فعليه قيمة ما اكل وقوله لما روينا يعني قوله عم فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع
لا من القناعة والمعتر هو الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله كالحل بالحاء المعجمة والمهملة والابازير التوابل جمع ابزار
بالفتح وقوله في الصحيح احترازا عما قيل انه ليس له في اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع يسقى ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال
شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز روى ابن سماعة عن محمد انه لو اشترى باللحم ثوبا
فلا باس به وقوله لان القربة انتقلت الى بدله لان ملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة
وسبيلها التصدق وقوله لانه في معنى البيع لان كل واحد عقد معاوضة قوله من دمها كل ذنب تمام الحديث اما انه يجاء
بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال ابو سعيد الخدري هذا لآل محمد خاصة ام لآل محمد والمسلمين
عامة فقال عم لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر اي فيما اذا

كان المضحي فقيرا ويكره ان يبدل بها غيرها اي فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخي وقوله فصار كما لو
باع الاضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاول تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق
بثمنها كله وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية
ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه وقوله لانها ملكها
بسائق الغنم يعني فكانت التضحية واراقة على ملكه وهذا يكفي للتضحية لا يقال الاستاد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة
والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحي فانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست مفتقرة الى شيء ان يقال
يظهر الاستاد فيها او لا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويسند الى وقت الغصب فكون الاراقة والتضحية واقعة
على ملكه **كتاب الكراهية** الكراهة او رد الكراهة بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لا تخل من اصل
او فرع ترد فيه الكراهة الا ترى ان في وقت الاضحية من ليالي ايام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف واحلب
اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهة ايضا كذلك قوله واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه
يرد عليه لبن الخيل على قول ابي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مع انه لا بأس به واكل لحمه مع ان لبن
الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو ان يقال بعد قوله فاخذ حكمه فيما لم يختلف به والحاصل من كل واحد منهما
لان المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله ثم اذا
بجر في بطنه نار جهنم قيل معناه برد من جر جر الخل اذا رد وصوته في حنجرته ونار منصوب على ما هو المحفوظ
من الثقات وقوله لانه في معناه اي لان الاوانيان من آنية الذهب في معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال
لها والحرم هو استعمال قبل صورة الاوانيان الحرم هو ان يأخذ آنية الذهب او الفضة ويصب الدهن على الرأس واما
اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية كذا ذكر صاحب الذخيرة
في الجامع الصغير واري انه مخالف لما ذكره المص في المكحلة فان الكحل لا بد ان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره
في الحرمات المغنب المشدود بالقنا جمع جنبة وهي حديدة عريضة والمشحذ المسن للنقر ما يجعل تحت ذنب الدابة ولا يجد
صعدان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع حكي ان هذه المسئلة وقعت في دار ابي جعفر الدوانقي بحضرة ابي حنيفة وابي
عصمة فقال لابي حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال ارايت لو كان
في الاصبع خاتم فضة فشرب من كفه اكره فوقف كلهم وتعجبوا ابو جعفر رحمه الله ومن ارسل اجيرا له مجوسيا كلامه والمعنى
وقوله لا تقبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة الى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة حجة على الخلق
دائما وانما بر رواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة
على سوآء وقوله ولا يقبل فيها اي في العبارات قول المستور وقوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به يعني اذا لم يطعن
الخصم فظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزوما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار
العدالة وقوله حتى يخبر فيها اي في الفاسق والمستور اذا اخبر بنجاسة الماء اكبر الراي وقوله يقبل فيها اي في الديانات قول العبد
والمرأة والامة لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلتزم بنفسه اولا ثم يتعدى
منه الى غيره فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله ما ذكرنا اشارة الى الهدية والاذن وقوله فان كان اكبر رايه انه كاذب

كاذب يتوضأ به يعني حكما لا في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح احد الوجهين قبل الطهارة وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله اما التحري فجر وظن فيه احتمال الخطاء وقوله ومنها اي ومن الديانات الحل والحرمة يقبل فيها خبر الواحد
العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيهما قول العدل فلا يحل الاكل والاطعام لانه
حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة
بطلان الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا اخبر رجل وامرأة عدل للزوجين بانهما ارتضعا من امرأة
واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير مقصود فكان
متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله اي قول المجوسي في الحل اولى ان يقبل في الحرمة
وهو يدل على ان العدالة في المخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا اجيب بان ذلك كان ضنا وكم من
شيء اثبت ضنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا قال رحمه الله ومن دعي
الى وليمة او طعام قبل الوليمة طعام العرس والفتا بالكسر استماع وقوله كصلاة الجنازة قيل عليه انه ليس السنة على
الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحلل الحد ولا اقامة الفرض تحلله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة
الواجب لورود الوعيد على تاركها قال عم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ويجوز ان يقال وجه التشبيه
اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر
يصبر ليكون عاملا بقوله عم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله ولو كان على المائدة ينبغي ان لا يقعد
يشير الى ان ما تقدم انما جاز اذا كان المغني في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعصية واما اذا
كان على المائدة فكان قاعدا مع القوم الظالمين وقوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا رحمه الله
اطلق اسم اللهو والغنا بقوله فوجد ثم اللعب والغنا فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله
تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليس بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام
او هو ما استثناه النبي عم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبة مع اهله
قوله بضرب القضيب عني به حسب الحارس وقوله وكذا قوله الى صعد معطوف على قوله دلت المسئلة في اللبس
لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه
رحمه الله لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء ولما ذكر الحرمة والحل واستدل على الحرمة والحل بقوله صلى الله عليه وسلم
انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل الحديث
الدال على حله لهن اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع
عندنا او لا يعلم التاريخ فيحمل الحرم متأخرا ليلا يلزم النسخ مرتين فاجاب بانه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك انه فاطمة على تأخره فينسخ به الحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان
قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن اين العموم اجيب بان المراد الجنس وليس كان شخصا فقيه
يلحق به بالدلالة وقوله وقالا يكره يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وقوله لهما العمومات يريد به قوله
نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه اشتغل

جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لاني ارى عليكم
ثياب اهل النار والرفقة بكسر الميم وسادة للاتكاء وقوله والجامع كونه نموذجا يرد به ان المستعمل بعلم هذا المعنى
ان ما اعد له في الاخرة منه غير غبطة في تحصيل سبب يوصل اليه وقوله لا فضل فيها ودنيا يرد به قوله صلعم هذان حرامان
على ذكور امتي وقوله والمسدى بالحرير قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وجملة وجوه هذه المطلق
ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة رح لا يجوز
وعندهما يجوز وقد مر الوجه في الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا باس بلبسه في الحرب وغيره
لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى اقواهما وجودا والثالث عكس الثاني وهو مباح
في الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبة في عين العدو وبريقه ودفع نفوذ السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون
مكروها وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن
محمد انه ما كان يرى بالملبس المرتفع جدا باسا خرج رسول الله صلوات الله عليه وسلامه ذات يوم وعليه رداء قيمته
الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم وابو حنيفة كان يرى برداء قيمته
اربعمائة دينار وقد قال رسول الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده قال ولا يجوز للرجال التحلي
بالذهب لما روينا من قوله صلعم هذان حرامان على ذكور امتي ولا بالفضة لانه في معناه فان قيل قوله عليه السلام
هذان حرامان على ذكور امتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قوله تعالى قل من حرم زينة الله الاية لا يقيده لان التقييد نسخ
فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به وقد جاء في اباحة ذلك اثار منها ما روي انه كان
رسول الله صلعم خاتم فضة فصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه انه كان له خاتم
من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال النبي عم ما نقش خاتما يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال النبي عليه السلام من كل شيء
من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه صلعم من معاذ فوهبه وكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر رضي
الله عنه الى ان توفي ثم في يد عمر رضي الله عنه الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع في البئر فانفق
مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك واتى بلفظ الجامع الصغير لاداة الحصر فيه ومن
الناس من اطلق منهم شمس الائمة السرخسي فقال الاصح انه لا باس به كالعقيق فانه مبارك يختم به النبي عليه السلام ولانه
ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني جامع الصغير يدل على كراهته ولانه يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر الذي
هو المنصوص عليه وقوله لما روينا اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي
عن ابن عازب انه ليس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلعم ولان النهي عن استعمال الفضة والذهب سواء
فلما حل التختم بالفضة لقلته لكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الاخير والجواب انه منسوخ لحديث ابن عمر رضي الله
عنهما ان النبي صلعم نهى عن ذلك وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب
فرماه رسول الله صلعم وقال لا البسه ابدا فرماه الناس وقوله وجعل فضة الى باطن كفه لانه روي عن رسول الله صلعم هكذا وقوله
وعن ابي يوسف مثل قول كلاهما يعني اختلف المشايخ في قول ابي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع ابي حنيفة هكذا ذكره الكرخي وذكر
في الامالي مع قول محمد والخلاب بضم الخاء وتخفيف اللام بهم ما كانت عنده وقعة لهم وقوله وهو الصحيح لان عامة المسلمين

المسلمين استعملوا هذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن النساء الغفلة وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء
في الحديث ان النبي عم كان يمسح وضوء يده بالخرقة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله ان كل ما فعل على وجه التجبر
فهو مكروه وبدعة وما فعله لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع والجلوس في الاتكاء ومعنى قول الشاعر ان الرجل اذا
فرج في سوء محمد الى شجر يقال له تلاقت بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحالة قال لم تجئ امراتي وان اصابه
وهو داخل قال جاءت هكذا المروي عن الثقات الا ان الليث ذكر الرتم بمعنى الرقية وهو خيط الذكرة بعقد بالاصبع وكذا
الوتمة قال الشاعر اذا لم تكن حاجتا في نفوسكم فليس بمعنى عقد الرتائم والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن
التقعقال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب

مسائل النظر اربع

نظر الرجل المراة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والاول على اربعة اقسام نظره الى الاجنبية الحرة
ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير قال ولا يجوز ان ينظر الرجل
الى الاجنبية القياس ان لا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه اشار قوله عم المراة عورة مستورة
ثم ابيح النظر الى بعض المواضع وهو مستثناء في الكتاب بقوله الا الى وجهها وكفيها للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا
لكونه ارفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس رضي الله عنهم بالكحل والخاتم
والمراد مواضعهما وقوله ولانه في ابداء الوجه والكف ضرورة دليل معقول وهو ظاهر والانثى الخاص وقوله فاذا
خاف الشهوة لم ينظر الى وجهها من غير حاجة لقوله عليه لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية
عليك يعني بالثانية ان تبصرها عن شهوة وقوله ابصرها فانها اخرى ان يودم بينكما اي يوقف قاله للمغيرة بن شعبة لما
اراد ان يتزوج امراة والحافظة للجارية كالخاتن للغلام يعني ان الحافظة والختان ينظر الى العورة لاجل الضرورة
لان الختان سنة في حق الرجال ومكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجال ان ينظر الى موضع الاختتان لانه
مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روي عن ابي يوسف واذا جاز الاختتان جاز للمختتن
ان ينظر الى موضعه قال وينظر الرجل الى الرجل هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم قوله خلافا لما يقول ابو عصمة يعني سعد
بن معاذ المروزي ان السرة احد حدي العورة فيكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي رحمه الله على ابي عصمة غير
مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رح لم يعلل بهذا التعليل
في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والمأخذ مختلفا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل
الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاستنجاء والركبة عورة خلافا للشافعي استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والمختار
عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله لو خلت لها سواتهما والمراد به العورة
وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخاري معتمدا فيه على العادة قوله لانه لا يعتبر
بها اي بالعادة مع وجود النص جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله لا قد
روي ابو هريرة جوابا عن قول الشافعي ودليل على كون الركبة عورة وقوله وما حال عليه بهذا جوابا عن قول اهل الظاهر وقوله
ولان الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر قوله لانها اي النظر والمس فيما ليس بعورة سواء ويجوز للمراة
ان تنظر من الرجل الى ما ينظر اليه منه علم من هذا القسم الذي يجانسه وقوله ووجه الفرق اي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم

وعامتهم الى الثاني استدلالا بالحديث فانه اضاف بلام التمليك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك ولعلهما لم يقولا بالاستدلال
بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه ازالة لاشرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان
كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله لتنتهي
لتطرقه لانه خبر سكت عن الاول والثاني وان لم يصار اليه فاذا احاطه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال وملك الاراضي
بالاحياء والمسلم والذمي في ذلك ما احياه سواء لاستوائهم في السبب الاستواء في الحكم كما في سائر اسباب الملك حتى لا يملك
فان الكافر ملك مال المسلم بالاستيلاء على اصلنا كالمسلمين قوله ومن حجر ارضا يجوز ان يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول اعلم
بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني اعلم بالغير عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث
سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى
ثلث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار الخصاف واشار اليه قوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلث
سنين واحياه فانه يملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين فمن احق بعد
ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب
عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة وقوله من غير ان يتم المسناة وسواء بنى للسيل ثم ذا الماء وقوله في الاخر
يريد حفر البئر وراء الحد وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا فله مقدار ذراع فهو متحجر وقوله لتحقق
حاجتهم اليها حقيقة يعني عند محمد رح او دلالة عند ابي يوسف وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الى اخره وقوله ولا يجوز ان يقطع الامام لقاء اقطع السلطان رجلا ارضا اي اعطاها اياه وخصه بها وقوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها وقوله الاربعون من كل الجوانب يعني تكون في كل جانب عشرة اذرع بالفارسية قوله عطنا من حفر بئرا
فله ما حوله اربعون ذراعا قطعا لماشيته فانه نظاره فيشمل الجوانب الاربع والصحيح انه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى
كيلا يحفر احد بئرا اخرى فيتحول اليها ماؤه وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف في الصلابة والرخاوة في مقدار
اربعين ذراعا من كل جانب حتى يندفع الضرر والناضح البعير قوله وله ما دونه يريد به قوله من حفر بئرا فله ما حوله اربعون ذراعا من غير فصل
يعني بين العطن والناضح واعترض بانه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح واجيب بان ذكر ذلك اللفظ للتغليب
لا للتقييد فان الناضح انتفاعه بالماء والعطن هذا الطريق لكون ذكر العطن ذكرا لمحل الانتفاع كما في قوله يوم ولد الصبي قيد بالصبي لان الغالب في ولادة
اليوم الصبي وكذلك قوله يوم ان الزيتون ما يكون ماؤه الا بالنهار والوعيد لمن يحصر الماء والكلا والكلا اقرب من الماء والكلا اقرب على ما عليه الغالب الدليل على ذلك ما روي ابو يوسف
قال حدثنا اشعث بن سوار عن الشعبي انه قال حريم البئر اربعون ذراعا من هاهنا وهاهنا وهاهنا وهاهنا لا يدخل عليه احد في حريمه ذرع ما يريد قوله والعام المتفق على قوله
والعمل به يريد به قوله عليه من حفر بئرا الا ان كلمة من يفيد العموم واما حديث علي رضي الله عنه من الخصائص المختلف في قبوله والعمل به يريد به حديث الزهري حريم البئر
خمسمائة ذراع وحريم العطن اربعون ذراعا وحريم الناضح ستون ذراعا وروي لا اول بيان معناه من حفر بئرا للعطن فله ما حولها اربعون ذراعا من غير فصل العطن
كما ترى واجيب بان عطنا ليس صفة البئر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون ابلغ المقتضي التي من غاية باب استحقاق الحريم لان على الى قرب موضع الحفر
واستحقاق بالعمل في موضع الحفر استحقاق لكنا نركناه بدليل ظاهر كما ان صحيح ايضا وعن الزهري لما يلزم الحكم لكنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو الباب فصلنا
وقوله هاهنا ودينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم حريم البئر خمسمائة ذراع وقوله والذراع بالمكسرة يعني انه يكون ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها
تنقص عن ذراع الملك وهو بعض الكاسرة بقبضة وقوله لما اشارة الى ما ذكرنا بالظاهرة من قوله بذراع الكرباس بوسعة على الناس فانها هي المكسرة قال

قال ومن اراد ان يحفر في حريمها منع من كلامه واضح وقوله ان يطمه اي يقلعه ويكبسه من
باب الجبني زيد وكرم في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه وقوله وذكر طريق معرفة
النقصان وهو ان تقوم الاولى قبل حفر الثانية وبعده ويضمن نقصان ما بينهما والقنات مجرى
الماء تحت الارض يسمى بالفارسية كاريز وقوله وبه ورد الحديث يريد به ما روي ان
رجلا غرس شجرة في ارض فلاة بقاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب
الشجرة الاولى الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي عليه السلام من الحريم خمسة اذرع
والحلق للاخر فيما وراءه ذكره وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه قوله ومن
كان له نهر في ارض غيره ذكره في شرح الطحاوي لو ان نهرا لرجل وارضا على شاطئ النهر
لآخر تنازعا في المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حايل كالحايط ونحوه فالمسناة
لصاحب النهر بالاجماع وان لم يكن بينهما حايل قال ابو حنيفة هي لصاحب الارض ولصاحب
النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا اراد دفعها الى عدوها كان لصاحب النهر منعه من
ذلك وقال ابو يوسف ومحمد المسناة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف
في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج الى كريها في كل وقت
فلها حريم بالاتفاق مذكورا في المنهاية وظاهر كلام الخصاف ينافيه وقوله فيكون له حريم اعتبارا
بالبئر يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر البئر و
العين فيتعدى الحكم منهما اليه وله القياس يأباه على ما ذكرنا يعني قوله ولان القياس يأباه
استحقاق الحريم الى آخره وفي البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل
فلا يصح تعديته وقوله والحاجة الى الحريم فيه اي في البئر جواب عما يقال هب انه على خلاف
القياس فليلحق به بالدلالة ووجهه ان الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالاولى او
المساوي والاخر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه اي في البئر بمعنى الغلب فوق
الحاجة اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا
بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق وقوله ووجه البناء الى قوله والقول
لصاحب اليد من جهتهما وقوله وبعدم استحقاقه الى آخره من جهة ابي حنيفة وقوله اما
صورة فلاستوائهما يشير الى ان الحلة فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت
المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه للتاء طينه وقوله بتعفي
للذي في يده لكنه بالمتنازع فيه هو الموضوع بقوله على ما نذكره وقوله والقضاء في موضع الحلة في
اي في مسئلة من كان له نهر في ارض غيره فقضاء تركه لا قضاء ملك فلو اقام صاحب النهر البينة
بعد هذا على ان المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضي عليه في حادثة
قضاء ملك لا يصير مقضيا له وقوله ولا نزاع فيما به استمساك الماء جواب عن قولهما ان الحريم في يد صاحب

النهر باسماك الماء وهو واضح وقوله والمانع من نقضه جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب
الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله ليس لاحد حمله عليه
اي المسناة بناء على الحريم **فصل في مسائل الشرب** **فصل في المياه** لما
فرغ من احياء الموات وذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم
فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصله شفهة استعملت الهاء تخفيفا
والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر
بغداد والفرات نهر الكوفة وضفة النهر بالكسر والفتح حافته وانث ثلث في قوله عليه السلام
الناس شركاء في ثلث لان التصغير في الكلام اذا لم يذكر المعدود وان يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ
الاعواد ومثله قوله عليه السلام من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما
يتحقق في الايام لا في الليالي لكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انثه وقوله عليه السلام شركاء
يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والاباء والانهار واما الكلاء وهو
ما لا ساق له فاما ان نبت في ارض شخص وانبته فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان
مباحا للناس لان احدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما ان يخرج له صاحب
الارض او ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو احق به وليس لاحد ان ينتفع بشيء منه الا برضاه لانه
حصل بكسبه والكسب للكتسب واما البادئ او قدنا في ارض ليس لاحد فيها حق فلهم ان ينتفعوا
بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وان يحمل بضوئها واما اذا اراد ان ياخذ الجمر فليس
فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم او حطب قد احرزه الموقد وليس مما نبت فيه الشركة وكلامه واضح
وقوله الا انه يثبت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل يريد به قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث
وقوله حتى لو سرقه انسان لم يقطع اعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان
قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث
يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم الاية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو
الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير
ذلك مما دل على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوصا وقوله وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع و
المشاجر ذكره في المبسوط واكثرهم على ان له ان يمنع في مثل هذه الصورة لان الشفة ما لا يضر بصاحب
النهر والبئر فاما ما يضر ويقطع فله ان يمنع ذكره وقوله ولهم ان ياخذوا منه اي الجدول الصغير علم
من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ فان منهم من قال لا ياخذون
الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة ثبتت في حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا
للحرج وقوله له ذكره في الاصل احترازا عن قول بعض المتاخرين من ائمة بلخ اذ قالوا ليس له ذكر الاباذن صاحب
النهر عملا بظاهر الحديث وقوله لان الماء متى دخل في المقاسم اي متى دخل في قسمة رجل بعينه وقوله

وقوله بواحدة اي بالكلية **فصل في كرى الانهار** لما فرغ من ذكر مسائل
الشرب احتاج الى ذكر كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امرا
زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام اخر ذكره ووجه الحصر على الثلثة
ظاهر لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك او عاما من وجه خاصا من وجه اما الاول
فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة واما الاخران فقد فصل الحصر بينهما باستحقاق الشفة و
قد تقدم ذكره فيها وقوله الا انه يجبر له اي للكرى من كان يطيقه اي الذي يقدر على العمل ويحمل مؤنته
اي مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقون بانفسهم كما يفعل في تجهيز الجيوش فانه
يجبر من كان يطيق القتال ويحمل مؤنته على الاغنياء وقوله ويقابله عوض يعني حصته من الشرب
فلا يعارض به اي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل مزاحما
يجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله خفية الانبثاق يقال بثق السيل موضع كذا اي خرقه
وشقه لما بينا اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الاتي كافة
هكذا وهو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول ابي بكر بن ابي سعيد البلخي وقوله فاستوتره
الجنبتان يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو ان اجبار في النهر الخاص فان من اتى من اهله يجبر عليه بخلاف
لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الاتي دفعا للضرر العام عن غيره وقوله ولا جبر لطن الشفة
جواب عما يقال ان في كرى النهر الخاص احياء حق الشفة العامة فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان
يجبر الاتي على الكرى دفعا للضرر عن اهل الشفة وهو قول بعض المتاخرين من مشايخنا وفي ظاهر الرواية
لا يجبر الاتي لحق اهل الشفة كما لو امتنع جميع اهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكرى لحق اهل
الشفة وقوله ومؤنة كرى النهر المشترك ظاهر وقوله فلا يلزم انتفاع غيره قال في النهاية الصواب
نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله لانهم لا يحصون يعني فكانوا مجهولين
فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه لما قرب فراغ مسائل
الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب يجوز دعوى الشرب بلا ارض اسمعا
قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذكره لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى به والدعوى و
الشهادة والشرب مجهول جهالة لا تمنع الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله ترك على
حاله معناه لم يكن له ذكر وقوله فان لم يكن في يده يعني فان لم يكن مستعملا باجرائه ماءه فيه او لم يكن
اشجاره في طريق النهر فعليه اي على المدعي البينة ان هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر او انه
قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا النهر فاذا اقامها
يقضى له باثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول او حقا مستحقا يعني في الثاني فان الثابت بالبينة
العادلة كالثابت معاينة وقوله فحكم الاختلاف فيها اي اختلاف المدعيين في الامور المذكورة
نظيره اي نظير الاختلاف في الشرب وقوله لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتعدد بتعدد معارض

[illegible]

بانهم قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في الاستحقاق واجيب بان اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء ومن له خمسة قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله لم يكن له ذلك اي لم يكن لصاحب الاعلى السكر لما فيه اي في السكر ابطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر وقوله الا انه اذا تمكن من ذلك يعني اذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر ان يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا امكنه ان يسكر بلوح او خشب او باب لكونه اضرارا بهم بمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فانه لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ اهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكر والان في السكر احداث شيء في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشركاء وحق اهل الاسفل ثابت ما لم يرووا وكان لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر و هذا قول ابن مسعود رضي الله عنه اهل اسفل النهر امراء على اهل اعلاه حتى يرووا والامر لهم ان يمنعوا اهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لزمه طاعته فهو امير له وقوله والدالية والسانية نظير الرحى الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز في رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها والسانية البعير يستقى من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدث ثم من يتخذه في ملك مشترك فلا يمكن الا برضاهم سواء كان منهم او من غيرهم قوله وكذا اذا كانت القسمة بالكوى الكوة ثقب البيت والجمع كواء بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له ان يوسع الكوة وقوله وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه اي من فم النهر وهذا تقدير اتفاقي والغرض الاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوى في فم النهر فاراد ان يؤخرها عن فوهة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه اي يجعلها اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يرفعها الى وجه الارض وقوله وهو نظير طريق مشترك يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويريد من المادة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله ساكنها غير ساكن حق الدار لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له ان يفتح بابا الى دار اخرى و قوله وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما بان يقول لشريكه اجعل لي نصف النهر ولك نصفه فاذا كان في حصتي سددت ما يلي منها وانت في حصتك تفتحها كلها فليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء في القسمة الاولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة وربما يضر ذلك لصاحب السفل وقوله لانه اعارة لان كل واحد منهما يعير لصاحبه نصيبه من الشرب من النهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته باطل واذا كانت عارية فللمعير ان يرجع متى شاء وقوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع

بالانتفاع بعينه بناء على ان الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في املاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك الا يرى ان القصاص والدين والخمر تملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية اخت الميراث وقوله بعينه احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما نذكره و الحاصل ان الشرب بغير الارض منفي من العقود فاذا سماه في النكاح مهرا للنكاح وجب مهر المثل واذا سماه في الخلع بدل الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعي على دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وارش الجراحة وقوله والاصح اشارة الى وجه الاختلاف فان العلماء اختلفوا في كيفية قضاء الدين من ثمن الشرب فمنهم من قال السبيل في ذلك ان يقال للمقومين من العلماء اذا اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من ادنى ما يكون من الشرب فينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضي دينه بذلك والمختار ما ذكره في الكتاب وقوله او مخرها ماء قال في الصحاح مخرت الارض اي ارسلت الماء فيها وقوله لانه غير متعد فيه فلو نظر الى انه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدي انما يكون اذا سقى ارضه سقيا يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل

كتاب الاشربة

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لما ناسبه لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل هو ملاك معرفة الله وشكر انعامه فان قيل ما بال هذا للامم السالفة مع احتياجهم الى ذلك اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور ونحن نشبهه لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والدليل المذكور موجود اجيب بان الشهادة بالخيرية لم يكن اذ ذاك واما التدريج فللمضادي لئلا ينفر من الاسلام وسمي هذا الكتاب بها اي بالاشربة وهي جمع شراب اسم لما هو حرام عند اهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهو عصير العنب اذا غلا واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلام وانهي وقوله وقال بعض الناس قيل يريد به مالكا والشافعي رحمهما الله وقوله فيما ذكرنا اشارة الى النيء من ماء العنب وقوله لغة اي واشتهر في عرف النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا عند لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف قوله ولان حرمة الخمر قطعية يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فيكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا ظني بلا خلاف فلا يثبت به ذلك في غيره فان فيه اختلافا بين العلماء و وادنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما دل عليها ظني وقوله انا

ولا يثبت القطعي

اسمى غير التى خمرًا التخمرة اى ليصير وتم خمرًا كالخل لا المخامرة جواب عن قولهم سمى خمرًا لمخامرته
العقل ولئن سلمنا الاشتقاق منها لكن لا ينافى اختصاصه بالتى من ماء العنب لجواز ان يكون
المشتق مخصوصا فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالفارورة مشتق من الفور
ولا يستعمل فى الكوز وان وجد فيه الفور وانظاره كثيرة وقوله والحديث الاول يريد به كل مسكر
خمر روى عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم احدها قوله عليه السلام لا تكاح الا بولى وشاهدى عدل والثانى من شرب فكره فليتوضأ والثالث
كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا ثقة قال احمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه
يحيى بن معين فليس بحديث وقوله والمراد به الخمر من هاتين الشجرتين اريد به الحكم اذا اسكر
كثيره كان حكمه فى الاسكار وحكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد وهو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا
لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق وقوله وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بجرعة اشتد احتياطا
يعنى وفى الحد يؤخذ بقدر الربع احتياطا ايضا وقوله وهذا اى انكار حرمة عينها كفر من المنكر
وان كان قائله فحرمة السكر منه لانه جحود الكتاب يعنى قوله يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر
الى قوله فهل انتم منتهون وقد كرناه دلالة على ذكر الاشراق شرح مشارق الانوار احسن
ما يكون فليطلب ثم وقوله وقد جاءت السنة متواترة معناه جاء عن النبى صلعم فى الخمر
احاديث كلها يدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها
متواتر كشجاعة على رضى الله وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله وهذا من خواص
الخمر يعنى دعاء القليل الى الكثير قال فى المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته فى الابتداء ولا يزيد
على اللذة فى الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله لانه خلاف السنة
المشهورة يعنى به ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر
لعينها والمسكر من كل شراب وانما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعديه
اسمها الى غيرها وقوله حتى لا يضمن متلفها لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح
وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب خيف عليه الشرب واما اذا كانت عند صالح
فلا يباح لانه يخللها وقوله والبيع حرمة الانتفاع بها يريد التداوى بالاحتقان وسقى
الدواب والاقطار فى الاخليلة وقوله الا ان حكم القتل قد انتسخ يعنى بقوله عليه السلام لا يحل دم
امرئ مسلم الا باحدى معان ثلثة الحديث وقوله على ما قالوا قال شيخ الاسلام خواهر زاده
لم يذكر محمد انه اذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب ان لا يجب عليه
الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو التى من ماء العنب وهذا ليس بنى وقوله والمنصف قيل
يجوز ان يكون منصوبا على قوله والباذق اى يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى
المنصف ايضا لانه قال الاشربة المحرمة اربعة وهى الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع

ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة
ويجوز ان يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب اقل من ثلثيه لانه اعم من ان يكون منصفا
او غيره والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا وقوله وهو التى
من ماء التمر اى الرطب وانما فسر النقيع بالرطب لان المتخذ من التمر اسم نبيذ التمر لا السكر و
هو حلال على قول ابى حنيفة وابى يوسف على ما سيجىء وقوله فهو حرام مكروه اراد فى الحرام بالكراهة
اشارة الى حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل غيرها لا يكفر وقوله ويدل عليه ما رويناه من
قبل يعنى قوله صلعم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة وقوله والامة محمولة
على الابتداء اذا كانت الاشربة مباحة لانها مكية وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير
ان يكون المراد بالاية الامتنان كما قال الخصم وقيل اراد به التوبيخ معناه انتم تسفاهتكم
تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله وتدبيننا المعنى من قبل يريد به قوله
ولنا انه رقيق ملذ مطرب الى آخره وقوله غير ان عنده يعنى عند ابى حنيفة يجب بقيتها لا
مثلها كما اذا اتلف المسلم خمر الذمى على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام واورد رواية
رواية الجامع الصغير وهى قوله وما سوى ذلك من الاشربة اى ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر و
ونقيع الزبيب والبتع وهو الباذق والمنصف لبيان ان العموم المذكور فى الجامع الصغير لا يوجد
فى غيره وقوله وقال فيه يعنى فى الجامع الصغير قال ولا بأس بالخليطين من ماء
التمر والزبيب اذا خلطا فيطبخ بعد ذلك ويترك الى ان يتغلى ويشتد والنجوة
التمر الذى يغيب فيه الضرس لجودته وقوله على الشدة وكان ذلك فى الابتداء يعنى ان النهى
عن الجمع بين التمر والزبيب كان فى الابتداء فى وقت كان بالمسلمين ضيق وشدة فى امر
الطعام كيلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا يأكل احدهما ويؤثر بالآخر على جاره ثم
وسع الله على عباده اباح الجمع بين النوعين وقوله قيل لا يؤخذ هو قول الفقيه ابى جعفر وقوله
وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره قيل ويجوز ان يكون اشارة
الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعنى ان من الانبذة ليست متخذة
مما هو اصل الخمر وقيل اشارة الى قوله بمنزلة الدم ومن ذهب عقله بالسكر ولبن الرماك
وباقى كلام واضح وقوله وعن محمد مثل قولهما اى مثل قول ابى حنيفة وابى يوسف مذكور فى النوادر
ولنا اى لعلمائنا الثلثة على القول الموافق لمحمد وفى بعض النسخ ولهما اى لابى حنيفة وابى يوسف
وقوله ولان المفسد اى للعقل وهو النقيع المسكر وهو حرام عندنا لا ما قبله فان قيل النقيع
الاخير ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغى ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف
الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والجمع بهذه الصفة
والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى النقيع الاخير حقيقة وهو حرام

فلا يكون المجاز مرادا وقوله انما يحرم التقليل منه اي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه
وهو ان يقال لما كان هذا المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب ان يكون في الخمر كذلك ويجوز ان يكون
جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره وهذا اوضح ووجه الجواب على الاول
ان العكس ذكر ولكن تركناه لان الخمر لوقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطي القليل حكم الكثير والمثلث
ليس كذلك لغلظه وعلى هذا بطريق الفرق وهو اوضح وقوله الحديث الاول يعني قوله مسكر خمر
ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على التدبع الاخير وقوله
والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان
منهم من سماه ابو يوسف ويعقوبي لان ابا يوسف كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه نخيجا
وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط للاباحة عندهما بعد ما صب الماء فيه
او في طبخه اختلف المشايخ فيه واختاره المص وقوله او يذهب منها يعني تارة يذهب الماء اولا
للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا
معا كان الذاهب من العصير ايضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء
اولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي
العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات
وقوله يكتفى بادنى طبخة في رواية حسن عنه وانكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن ابي
مالك عن ابي يوسف قال سمعت ابا حنيفة يقول انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا اصح لما
ذكره في الكتاب قال ولا باس بالانتباذ في الدباء الخ جوز اكثر اهل العلم الانتباذ في الدباء
وهو القرع والحنتم وهو جرار خضر او حمر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت
وهو الظرف المطلي بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله عم نهيتكم عن ثلث
عن زيارة القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي
ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوه ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على
معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل
شيئا ولا يحرمه ولكن انما ينتبذ فيه ان كان فيه خمرا بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال
شيخ الاسلام في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف
اكثر مما تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب الخمر وقوله واذا تخللت الخمر
يعني ان خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها او خللت وقال الشافعي ان كان التخليل بالقاء
شيء فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الشمس الى الظل وعكسه فله قولان
وقال في العراق ما القي في الخمر يتنجس بملاقاة الخمر والنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما
اذا تخللت بنفسها شيء من ذكره ودليله على احد الوجهين ذكره في الكتاب ولنا قوله عم نعم الادام

الادام الخل وهو يتناول المخلل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات
صفة الصلاح من حيث التغذي به وكسر الشهوة وكسر الصفراء وغيرها واصلاح المفسد ان
لم يكن واجبا فله اقل من الاباحة والمتنازع مكابرة وقوله وكذا الصالح للصالح يجوز ان
يكون معناه المخلل صالح للصالح والصالح مباح اعتبارا بالمخلل بنفسه وبالدباء وقوله
والاقتراب لاعدام الفساد جواب عن قوله لان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التحول ووجهه
لا نسلم انه على جهة التحول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذكر بالاراقة جائز فالتخليل
اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المآل وهذا الظاهر وما بعده الا المكابرة فان قيل فما
تصنع بقوله صلعم لا ولكن اريقيها حين ساله ابو طلحة عن تخليل خمر اليتام عنده وبما روي
انه عم نهى ان يتخذ الخمر خلا اجيب عن الاول بان ذكر في الابتداء التحريم قطعا ان يكون هو حول
الحذر كما حرم الانتباذ في الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرم ويوضحه
انه عليه السلام امر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني ان المراد بالاتخاذ الاستعمال
كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراسي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا
احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه
السلام اليس كانوا يامرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذكر نسر الاتخاذ
بالاستعمال ودردي الخمر وغيرها ما يبقى في اسفله ومعناه يحرم شرب دردي الخمر والانتفاع
به وانما خص الانتفاع لان له تاثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل
المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة ولا يحد شارب الدردي ان لم يسكر خلافا للشافعي
قال شرب جزء من الخمر فيجب الحد ولنا الى الجزء واضح

فصل في طبخ العصير

لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما للابقاء على حالة الدورق
ميكال للشراب وهو اعجمي وقوله وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه قال
في النهاية كان محمد اعلم ان العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب
فيه تفصيلا وحاصله ان الماء متى كان اسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كان
يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلثا كل وقوله فهو الوجه الاول يعني ما يذهب فيه الماء
اولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته ان يجعل كل عشرة
من الماء والعصير على ثلثة اسهم لانك تحتاج الى ان تجعل عشرة دوارق عصير على ثلثة لما ذكر
الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلثة والكل تسعة اسهم فاذا ذهب الماء اولا
فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ماء بقي العصير لا غير وهو ثلثة اسهم
فيطبخ حتى يذهب الثلثان فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد
وهو تسع الكل وقوله وفي الوجه الثاني يعني الذي يذهب الماء والعصير معا يطبخ حتى يذهب

عشرون ويبقى عشرة لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث
العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعدما صار مثلثا سواء وقوله يحل لانه
اثر النار مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلثه اخماسه وبقي خمساه ثم قطع عنه النار
فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا باس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي
بقي من الحرارة بعدما قطع عنه اثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا خلاف
ما لو برد قبل ان يصير مثلثا ثم غلا واشتد فذهب بالغليان منه شيء فانه لا يحل لان الغليان
بعدما انقطع عنه اثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله بيانه عشرة
ارطال عصير الى قوله فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وهذا لان الرطل الذاهب
بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينقص منه شيء تسعة ارطال فعرفنا ان كل رطل
من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي اتساعا فاذا
انقص منه ثلثة ارطال فهذا في المعنى ثلثة ارطال وثلثة اتساع رطل فيكون الباقي منه ستة
ارطال وستة اتساع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل وقوله
ولها طريق آخر قيل هو ان يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام
ويبقى الحلال ثلثا عشرة ارطال حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلثة
ارطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة ارطال والحلال
منها ثلثة ارطال وثلث رطل والحرام خمسة ارطال وثلثا فاذا اريق ثلثه فهو من الحلال
والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال او بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء
فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل ولو وقعت
زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لاحتياجك الى حساب له ثلث وله ثلث وهو
تسعة فصارت ارطال الحلال ثلثين سهما وقد اريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو
رطلان وتسعا رطل

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد
لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا
انه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها وتحصيلا لمحاسن المكاسب وسببه يختلف
باختلاف حال الصايد فقد يكون للحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون التفرج
والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصايد اما ان يكون محرما او لا فان
كان فهو حرام وان لم يكن فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال
اذا وجد خمسة عشر شرطا في الصايد وهو ان يكون من اهل الذكاة خمسة وان يوجد منه
الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل
بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال

الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه
وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من نبات الماء الا السمك وان يمنع
بنفسه بجناحيه او قوايمه وان لا يكون متقويا بانيابه او مخالبه وان يموت بهذا قبل ان
يصل الى ذكاته كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد
للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل تكن او دركه حيا فذكاه
وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذكاه فانه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة
والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فانه اذن مرتبة الامر للاباحة
وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام وفيه نظر
لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه احل لكم صيد البحر كان انسب
واما السنة فقوله عليه السلام لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلافه لاحد
في اباحته فكان اجماعا وقوله لانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كاحتطاب يستدل
بالمعقول

فصل في الجوارح

تقدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما ان آلة
الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللفاضل تقدم على المفضول قال ويجوز الاصطياد
بالكلب المعلم ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والباز المعلم وساير الجوارح
المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذيب والدب والخنزير يكون نجس العين لا يجوز
الانتفاع به وكان ذكر معلوما لكل احد فلم يستثنه والباقية ان امكن تعليمها جاز الاصطياد
بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما انهما اذا امسكا صيدا لا ياكلانه
في الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم انه ترك عادة او تعلما ولان التعليم لان يمسك
للغير والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما ابو يوسف والحق
بعضهم الجراة بالدب لعنى الخساسة وانما اورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى
ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية المنتقى تدل على الاثبات
لا غير ورواية الجامع الصغير على النفي والاثبات جميعا والاصل في ذكر اي جواز الاصطياد
بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذكر لانه معطوف على قوله احل لكم الطيبات
اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم
والجواب ان ذكر اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات
جواب عن قوله يسئلونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مفادا له لم يكن
ذكره على ما ينبغي ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن
عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم
والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والباز والشاهين وغيرها قال الله

ام حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تاويل لانه في تاويل آخر من الجراحة
والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعموم ولكن لما كان التاديب غالبا في الكلاب اشتق
من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر وجماعة انه لا يجوز الاصطياد الا بكلب مسترسل
بلفظ مكلبين واستدل المص على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم وقال واسم الكلب
يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه السلام في دعائه اللهم سلط عليه كلبا من
كلابك فافترسه الاسد وقوله وعن ابي يوسف متعلق بقوله يتناول الكل بعموم وقوله ولان
اية تعليمه ما ترك ما هو مالوف عادة وقيل فيه لان هذا الفرق لا يبان في الفهد والفرق انه مستو
كالباز ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب
والباز لا غير وذكر صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول وقوله كما في قصص بعض الاخيار
قيل اراد به حكاية موسى مع خضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك
وقوله كما هو اصله في جنسها اي اصل ابي حنيفة في جنس المتعاديين كنحو جنس الغريم وحد التقادم
وتقدير ما طلب في نزح ماء البئر المعينة وقوله وله اية تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة
علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه و
اذا حكمنا انه يمسك على صاحبه وقد اخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله في ظاهر الرواية يريد به
رواية الزيادات انه قال لو قتل الكلب او الباز الصيد من غير جرح لا يحل واشار في الاصل
انه يحل والفتوى على ظاهر الرواية وقوله في تاويل يعني في تاويل غير ما اولناه
اولا وهو قوله والجارح الكواسب في تاويل وذكر ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل
على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الاية بين التاويلين لعدم التنافي بينهما وذكر لان
الاصل ان النصوص اذا وردت فيها اختلاف في المعاني فان كان بينهما تنافي يحمل على احدهما بدليل يوجب
الترجيح وان لم يكن بينهما تنافي يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان
يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي
بينهما وفيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او
يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا
يجوز كما في قوله ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله
وفيه اي الجارح الكاسب اخذا باليقين وقوله رجوعا الى التاويل الاول يعني كما سبق من
الكواسب وقوله وجوابه ما قلنا يعني قوله لا تنافي بينهما وفيه اخذ باليقين وقوله وهو حجة
على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه يعني حديث عدي فان قيل روى
ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه عم قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذكر دليل واضح لهما
اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا ياكل

ان لا ياكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي
فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه وقوله على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء
اراد ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى آخره وقوله واما الصيود التي اخذها من قبل واضح
وحاصل ذكر في المحرز الذي لم ياكل ان ابا حنيفة يحكم بجهله مستندا وهما يقولان بالاقتصار
على ما اكل لان ما احرزه الماكر حكم باباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا
ينقض باجتهاد اخر مثله بعده والجواب ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان
المقصود هو الاكل ومثل ذكر ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال
ابو حنيفة اقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيئا من صيوده
المعدودة والحكم فيه كالتي فيه الخلاف اذا تصادق البايع والمشتري على جهالة الكلب
وقوله ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم ياكل
واما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الارسال وسيكون الوثبة في
الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد
ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب
بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذ صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه و
من لحم آخر في يد صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه قال
وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه المرسل ان ادرك الصيد حيا فلا
يخلو اما ان يكون ذبحه ولم يذبحه حتى مات لم ياكل سواء كانت الحيوة فيه بينة او خفية و
ان ذبح حل في قول اصحابنا جميعا وكذكر حكم الباز والسهم وذكر لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته والقدرة
على الاصل قبل ذكر يبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الالة او ضيق الوقت فاما
ان يكون فيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح او لا فان كان لم ياكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
وابي يوسف انه ياكل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذا
لفرض انه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على استعماله ووجه ظاهر الرواية
انه لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبوح وهو قايم مقام التمكن
من الذبح اذ لا يمكن اعتباره اي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون
على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من
لا يتمكن في اكثر ما كان كذكر لا يبطل الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ما ذكرنا من ثبوت اليد
على المذبوح وان لم يكن الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح
حتى مات اكل لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع

تمكن بدل

وهو ميت والميت ليس بمذبح اي ليس بمحل للذبح فلم ينبت بين على المذبح ليقام مقام التمكن
من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحيوة فيه فوق ما يكون في المذبوح فقال ان كان
عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن
بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع في يده وهو حي
حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما يكون الحيوة فيه
فوق ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح اجيب بان المعتبر الذي يكون
في المذبوح بمنزلة المعدوم لكون الصيد في حكم الميت والزايد على ذلك قد لا يسع للذبح فيه فكان
عدم التمكن متصورا وهذا اي ما ذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكوة
فيما اذا كان بقاؤه متوهما اما اذا شق الكلب الحلق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه
حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هو قول
ابي بكر الرازي هذا قولهما اما عند ابي حنيفة فلا يؤكل هذا ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا
بذكوة الاختيار دون الى المتردية اي اعتبارا بها هذا الذي ذكرنا انه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه
واخرج ما فيه اذا ترك التذكية فاما اذا ذكاه فقد حل اكله عنده لعادته وكذا المتردية والنطيحة
والموقوذة والذي تترا اي شق الذئب بطنه وفيه حيوة غنية او بينة اذا ذبح حل عنده وعلى
الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف لا بد من حيوة بينة
وهو ان تكون بحال يعيش مثله فاما اذا لم تكن كذلك فلا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال
محمد لا بد من حيوة بينة وهو ان يكون بحيث يعيش فوق ما يعيش المذبوح فان كان كذلك حل اكله
والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله
ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله ولو ادركه ولم يأخذه يريد ان المسائل المتقدمة كانت
فيما اخذه الصياد وههنا ادركه ولم يأخذه وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع في يده
حيا وقوله واذا ارسل كلبه على صيد يعني صيدا معينا فاخذ غيره حل يعني ما دام في وجه ارساله
وقوله ولنا انه اي شرط التعيين شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد والجميع بالنسبة الى
هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا اجيب بانه متعذر اذ لا يقدر
الصائد والكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره
وقوله ما بيناه يعني في اوايل كتاب الذبائح حيث قال يشترط عند الارسال والرمي وقوله
ولهذا الشرط النسبة عنده اي عند الارسال وقوله فيغلب جانب الحرمة نصا اي بالنص
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال ومعناه
ثلثة فصول احدها ما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما روينا والثاني ما
اشتركا فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل ارجح لان المعلم تعقر بالجرح

بالجرح والثالث ما لم يشتركا في شيء لكن الثاني اشتد اي حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة
لان الكلب لم يشارك الاول في شيء من الصيد وانما اثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا
لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الا الى التبع قال واذا ارسل المسلم كلبه وزجره
اي اغراه المجوسي حل اكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دون الارسال عليه و
نقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة
النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى واذا
ارسله مجوسي فزجره مسلم فالزجر لم يؤكل لذكره لهذا اي ولان الزجر دون الارسال لم
يثبت به اي بالزجر شبهة الحرمة يعني في الصورة الاولى مع ان الحرمة اسرع ثبوتا لغلبة الحرمة
على الحل واما ما قال ان لا يثبت به الحل يعني زجر المسلم وقوله لان الزجر مثل الانفلات
يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله ان كان يعني ان
الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوق من حيث كونه فعل
المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متاخر فيجعل ناسخا وقوله وقذه اي جرحه
جراحة اثخنته وقوله لان الامتناع عن الجرح وليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما
يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذي اخرجه
من الصيدية فكان الواجب ان لا يحل اكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالدواجن فيحل
بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه انه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفوا وقوله بجرح
الكلب الاول يعني انه لا يؤكل لان الصيد بعد ان خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد
بالذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل
والحرمة غلبت الحرمة

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية
شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي ومن سمع حسا فظن حس صيد
فرماه او ارسل كلبه او بازيه فاصاب صيدا طبيا مثله فان تبين ان المسموع حسه ادمي او
بقر او شاة لم يحل الضبي المصاب مثله في قولهم جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم
الاباحة وصار كانه رمى الى آدمي عالما به فاصاب صيدا فانه لا يؤكل وان تبين ان المسموع
حسه صيد حل المصاب اي صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان ماكول اللحم او لم يكن
لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع حسه اذا ظهر حين نزا لم يحل اكل الصيد
المصاب لتغلظ التحريم الا ترى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه كله في سائر الاسباب ولانه اي
الاصطياد يؤثر في جلده وزفر حصر منها اي من جملة المسموع حسه ما لا يؤكل لحمه لان
الارسال فيه ليس للاباحة فكان هو والادمي سواء ووجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص
بالماكول وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد ووقع

الفعل اصطيادًا والاصطياد فعل مباح يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم
يقبلها كما اذا كان خنزيرًا لم يثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحًا واذا
قبلها فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحة تناوله كغير السباع من البهائم والطيور وان
كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحة جلده فثبت ان فعله وقع اصطيادًا واباحة التناول
وغيره مما يتعلق بالحل ليس بخارج له عن ذكره واذا وقع اصطيادًا كان كانه رمى الى صيد فاصاب
غيره وقوله وان تبين انه حشو آدمي قدمناه آنفا وقوله لان الفعل ليس باصطياد اذ
الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي يأوي البيوت اهلي و
الظبي الموثق اي المشدود بالوثاق بمنزلة اي بمنزلة الآدمي لما بينا ان الفعل ليس
باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان
المذكورتان في الكتاب وقوله وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما يشير الى ان كون ما
تبين حشوه من الصيود من شرطه ان يكون حل اكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسًّا فظنه
صيدًا فرماه فاصاب ظبيا ثم تبين ان المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع
حسًّا وظنه آدميًا ورماه فاصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع
تعيين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي ان من سمع
حسًّا ظنه صيدًا فرماه فاصاب صيدًا ثم تبين انه حشو آدمي او هو الى اهلي لا يحل
المصاب مع انه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس
باصطياد وقد حل المصاب والعكس اما شمول الحل او شمول حرمه او انعكاس الجواب
في المسئلتين وذكر انه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بانه آدمي ففيما اذا اقترن ظنه
بانه صيد اولى او لانه لم يقع فعله اصطيادًا نظرًا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا كما لم يحل
ثمه او لم يحل ههنا نظرًا الى قصده وحل هناك لذكر اجيب بان الفرق بما اشار اليه بقوله لانه لا
معتبر بظنه مع تعيينه اي تعيين كونه صيدًا وبيانه ان في المسئلة الاولى اصاب سهمه غير
المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها
الى غير الصيد نظرًا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادًا
وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل اكله لانعدام فعل الاصطياد واما ههنا
فسهمه اصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد
بحقيقته فقد وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذكر ظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد
بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل المصاب لوجود فعل
الاصطياد وقوله على ما بينا يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
الى آخره وقوله فتحامل التحامل في الشيء ان يتكلف على مشقة واعياء يقال تحاملت في

في المشي وقوله حتى اصابه اكل قيل اذا وجده وفيه جراحة سهمه لا غير واما اذا وجده
وفيه جراحة اخرى فليس له ان ياكله ترك الطلب او لم يترك كما سيجيء لانه ظهر لموته سببان
احدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل
لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه كالوجع اذا
فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتله قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهومًا والموهوم
في هذا كالمتحقق لقوله صلعم لعل هوام الارض قتلته ماله في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل
ثم وجدته اليوم ميتًا وفيه هوامّ اراني وهو الدبح الصغير فقال عم لا ادري لعل هوام الارض قتلته
الحديث وهو كما يدل على حرمة ذكره يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتًا وقوله ولان
احتمال الموت بسبب معقول على ذكره فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه ايضا اجاب
بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان الاصطياد لا يجوز ذكره الا
ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توارد يكون بسبب محله وهو تعرض
وقوله والذي رويناه حجة على ما ذكره وقوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل يعني وان
رأى فيه اثر سبع واحتج على ذكره بانه سمع اهل العلم كذلك وكان بنوا الامر على الغالب
لانه اذا بات عنه فقد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره اكل الصيد
اذا غاب عن الرامي فان قيل ان كان ما روي عنه عم من كراهية اكل الصيد اذا غاب
عن الرامي حجة عليه فقوله عم لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما حرّم قتله فانه عم قاله لمن
حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب ان الاصل ان خصوص السبب غير معتبر واحتمال القتل
الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما وقوله ولو وجد به جراحة تؤمناه والحله فيه
وقوله لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاجتنب تحريمًا لحله ووهم
الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد ان يقع على الارض والارض لا يخلو عنها
فلا يجعل محرما الا اذا لم يقعد عن الطلب قال واذا رمى صيدًا فوقع في الماء كله ثم افاق
وهو في المعنى يفيد بان لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سيأتي وقوله وكونا السقوط من
عال وفي النسخ من علو وهو لغة في الاولى مضموما ومفتوحًا ومكسورًا وقوله وان وقع على
الارض ابتداء اكل يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والعصبة المنصوبة على ما
سيجيء وقوله وذكر في المنتقى يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهي
قوله او ضمن فاستغفر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي
في الاصل من قوله فاستغفر عليها على غير حالة الانشاق وحمل ثمه الآية السرخسي رواية المنتقى
على ما اصابه حد العقرة فانشق بطنه لذكره وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة
الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه ذكر عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفي الجملة فليس

في المسئلة روايتان وهذا اي ما نقل شمس الائمة اصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري
على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق تحكم الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق
فانه لو انشق بوقوعه على الارض اكل وقد ذكرانه في معناه وقوله كما اذا وقع اي غير الحاذي في
الماء وقوله ما اصاب المعراض بعرضه المعراض اسم سهم لا ريش له يعني عرضها فيصيب بعرضه لا
بحده والبندقة طينة مدورة يرمى بها وقوله اذا لم تخزق بالزاء المعجمة خزق المعراض
اذا نفذ وبالراء المهملة خطاء وقوله وكذكر ان جرحه يعني اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلا
وبه حدة قالوا لا يوكل لاحتمال ان قتله بثقله وان كان خفيفا وبه حدة اكل والحدة
جزء البيض رقيق كالسكين يذبح به واللهم يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى جزءا
نادرا ايذانا بانه بلغ في الندرة حد الشذوذ وقوله قيل لا يحل وهو قول ابي القسم الصفار
ووجهه ان الدم المحرم لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول ابي بكر الاسكاف
الوجوه المذكورة بين اللبة واللحيين والدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ وقوله
وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه يريد به قول ابي القسم الصفار فانه شرط سيلان الدم
قال وان رمى صيدا اي اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد اكل الصيد لما بينا ان الرمي
مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يوكل العضو ان امكن حيوته بعد الابانة وان لم يمكن اكل
وقال الشافعي وهو مذهب ابن ابي ليلى وان مات الصيد منه اكلا لانه مبان بذكوة الاضطرار و
وكل ما كان كذلك حل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكوة الاختيار وذلك لان قطع
اي عضو كان في ذكوة الاضطرار كقطع الراس في ذكوة الاختيار والراس يوكل في ذكوة الاختيار
فكذا العضو المبان في ذكوة الاضطرار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحي فهو ميت
ووجه الاستدلال ان ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما
والعضو المبان بهذه الصفة يعني ابين حقيقة وحكما اما حقيقة فلقيام الحيوة به واما حكما فلانه يتوهم حيوته
بعد ابانة هذا العضو ولهذا اي ولكونه حيا وحكما اعتبر الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه
الصفة لم يوكل لجواز ان يكون يكون موته بوقوعه في الماء وقوله ابين بالذكوة ذكر ليجيب عنه بقوله
قلنا وتقريره سلمنا ان ما ابين بالذكوة يوكل ولكن لا ذكوة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو
حال وقوعه ليس بذكوة لبقاء الروح في الباقي على وجه يمكن الحيوة بعده اذ الغرض ذكر والجرح
يعتبر ذكوة اذا مات منه او يكون على وجه لا يمكن الحيوة بعده ولهذا لو وجده وفيه من الحيوة فوق ما
في المذبوح لا بد من ذكاته وعند زوال الروح وان كان ذكوة بالنسبة الى المبان لعدم تاثيره في موته لتعذر
الحيوة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكوة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع اجاب بقوله
والتبعية يعني الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور
في الكتاب ظاهر وقوله والاكثر مما يلي الجراحة احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يوكل الاكثر لا غير

لا غير وهذا لان الاوداج من القلب الى الرماح فان ابان الثلث مما يلي الجرح لم يقع الفعل ذكوة لعدم
قطع الاوداج وانما وقعت موتة والجزء مبان عند ذكر واما اذا ابان الثلث مما يلي الرأس فقد
وقع الذكوة بقطع الاوداج لنفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقي ظاهر وقوله ولا يوكل صيد
المجوسي مبناه ما تقدم ان غير اهل الكتاب من الكفار ليس باهل للذكوة الاختيارية ولا بد منها
في اباحة الصيد قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه اعلم ان الرجلين اذا رميا صيدا فذاك
ينقسم الى قسمين اما ان رميا معا او متعاقبا والاول على اوجه فانه اذا رمياه معا فاما ان
يصيبا معا او يصيب احدهما اولا فان اصاب اولا فاما ان يثخنه قبل اصابة الثاني اولا وهو كذلك
فانه اذا رماه قبل اصابة السهم الاول او بعده فان كان بعده فاما ان يثخنه الاول او لم يثخنه و
الاول بوجوهه والوجه الاول من بعده غير مذكور في الكتاب وانما اذكر ذلك لكمال الافادة فان رميا
معا واصابا معا فقتله فهو لهما جميعا ويوكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله
اعتبارا بالحالة الراهنة فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكوة واصابت الرميتان
معا فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة في الحكم وان رمياه معا فاصابه سهم احدهما اولا
فاثخنه اي ضعفه واخرجه عن حيز الامتناع ثم اصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل اكله عندنا
خلافا لزفر وهو يعتبر حالة الاتصال والسهم الذي اصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن
نعتبر الحل حالة الارسال لان الاصابة بالحل تتاخر ولهذا نعتبر التسمية حال الارسال والارسال
قد حصل منهما والحل صيد فلم يتعلق بالآخر خطر وذلك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالحل و
سهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به الآخر وان لم يثخنه فهو وهو
الظاهر وان رماه بعد ما رماه الاول قبل ان يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني فكذلك حكم
ما لو رمياه معا هو لهما وحل اكله واما المذكور في الكتاب فقد اعرض المصنف عن بيانه واشار الى بعض
الفاظه ان في قوله هذا اشارة الى قوله ولم يوكل وقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا
يدري قال في الزيادات الى آخره بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يوكل لان احدى الرميتين
تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة
الجهالة وهو لا يدري ان الموت حصل بايهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب
للقتل ظاهرا فيضاف اليهما فلا كان الواجب ان يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت
ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة
فكيف يدخل فيه وقوله وان كان رماه الاول ثانيا يعني ان ما تقدم كان فيما اذا كان الرامي الثاني غير
الرامي الاول وهذا فيما رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة الى آخره يعني لا في حكم الضمان لان الانسان
لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي الى آخره واضح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول

النظر لجانب الدائن والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتقييده ومشروعيته وحكمه
المذكورة في الكتاب وسنذكره شيئا فشيئا فاما تفسيره فما ذكره الرهن حبس الشيء بأي سبب كان وفي
الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه او استيفاء الدين من الرهن بعين المرهون كالمديون
وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن على الحدود والقصاص واما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة
وهو جمع رهن كعباد جمع عبد وبما روي انه صلعم اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه درعه
وبالاجماع فان الامة اجتمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو انه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء
فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وتقريره ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لان يجب
اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة
جائزة فكذا الوثيقة التي تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه
قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنت هذا
المال بدين لك على كذا مما يشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب
والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ قالوا اراد به شيخ الاسلام خواهر زاده الركن الايجاب
مجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان
الراهن لم يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن من اليد شيئا عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان
كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه ضمان ورد مستوفا
لدينه عند الهلاك والجواب ان المراد من الايجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك وقوله
والقبض شرط الوجوب كان تفسيرا لقوله القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض
جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد
لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن بمقبوض وقال الطحاوي
في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة
وابو يوسف ومحمد وزفر والحسن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال يلزم الرهن بنفس
العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض
شرطا كالكفالة ولنا ما تلونا من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء
في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر اي فليصم
وكما في قوله ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرر فيكون تقديره والله اعلم
وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا او ارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك
حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه
وهو القبض كما في قول الجنطي ما الحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس
البيع لان البيع مباح فيصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربوا فكذا هذا وفيه بحث من

من اوجه الاول ما قيل ان الحصر جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثاني انه يجوز ان يكون الامر
للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز
او اللزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الاية متروك الظاهر لان
ظاهرها يدل على ان الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ذلك ومتروك الظاهر
لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقضي منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر يجمعه كذلك
واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني ان الامر في الوجوب حقيقة
كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع
لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن ممكن فينصرف الى القبض وعن الثالث
ان الدليل للالزام ما ذكر حيث لا يجعله شرطا للزوم ولا الجواز وذكر انا الله تعالى وصف الرهن بالقبض
كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا
استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من اصحابنا فيجوز ان يكون
الحصر قد انتفى واما لان عدم الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا ان
الوجوب انصرف اليها وعن الرابع انا لا نسلم ان متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص
الماؤلة متروك الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم وقوله ولانه
عقد تبرع دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح وقوله ثم يكتفي به بالتخلية يريد به رفع الايراد
ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله لانه اي قبض الرهن قبض موجب للضمان ابتداء لانه لم يكن
مضمونا على الراهن قبل العقد حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه
بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذا المرتهن وفيه نظر لان
القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من
الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى
ذكر رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما الخلاف في الشراء جواب عن قياس وجه الظاهر بان
القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشتري لكون البيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري
مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء
وقوله والاول اي وجه الظاهر اصح لان الرهن توثقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء
تثبت بالتخلية بان يخلي الراهن بين المرتهن ودينه فكذا جهته اذ الحقيقة اقوى من الجهة وما
يثبت به الاقوى يثبت به الادنى واما الوصف المذكور فهو غير الظاهر وهو كون القبض في
الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين قال فاذا قبضه المرتهن
قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان منصوص معلق بشرائط ذلك يقتضي الكمال
والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا غير اشاع فيجب ذكره وقوله محوزا احتراز عن رهن

التمر على رؤس النخل دونها وقوله مفرغا احترازا عن عكسه وقوله متميزا عن المشيوع في الرهن فان
قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما
ذكرنا ان اللزوم والجواز بالقبض اذا المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض
فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين
لقوله صلعم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلث لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي
عليه هلاكه قال وتفسيره لا يصير اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن الرهن وثيقة بالدين ليزداد
به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله عم للمرتهن بعدما نفق فرس
الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب حقك من الامساك
او من المطالبة برهن آخر لان الاول مشاهد خلافه فاجابة في الاخبار عنه وايضا ليس بحق له ولانه ذكر
الحق في اول الحديث منكرا ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما
الى النبي عليه السلام فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذكر يكون
تنبيه على الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والاخر كلام النبي صلعم ومثل
ذكر ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلعم
ولم يعلم ذكره وقوله عليه السلام اذا جنى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة
الرهن بعد هلاكه يعني اذا قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما
فيه حكي هذا القاضي عن ابي جعفر وقوله مع اختلاف فهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان
الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة
وروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي
عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه مضمون بالدين فاختلاف فهم على
هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عم لا
يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس
وابراهيم وغيرهما وقال ما كان تفسيره فيما يرى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل
عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا
لا يصح ولا يحل وهذا الذي نهى عنه فان جاء صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه
غرمه قال الطحاوي في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب ابا حنيفة وابا يوسف
ومحمدا الى ان ذكره البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص و
ان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد استيفاء
دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد استيفاء وهو الاستيفاء وهو ملك اليد
والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة

اي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه
عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم فيدل
الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وثاقه بدليل نفي الفكاك
دل ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت
باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية
تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم
لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء
ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اي الى الاستيفاء وذلك اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس
ليقع الامن عن جحود الراهن مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى اداء الحق لان
الراهن يحتشم ان يجحد الدين ان يجحد المرتهن الرهن وقد يكون اكثر من الدين وهو عاجز عن
الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر او لفتحه عن المطالبة وهذه ايضا قضية
تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فينضم اليهما قوله واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان ثبت
يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد
تقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين وكلفوه ثانيا اوتي الى تكرار الاداء
بالنسبة الى اليد وهو باطل فاذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء اي الذي
بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان
الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء الا يرى ان المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن
بل ينتقض الاستيفاء به اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن
فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى
الربوا وهو ان يستوفي رقبة لا بدا اجاب بقوله ولا وجه الى الاستيفاء الباقي وهو ملك الرقبة دون
ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان بالرهن
استيفاء لكان اما لعين الدين او لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين والاستيفاء
الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما
غير جائز ووجه الجواب انا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه
من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة انما هو كانت نفقة
المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه
المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كذا في العكس وهو ممنوع
فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما يقال الشيء

التمر على رؤس النخل ودنها وقوله مفرغا احترازعن عكسه وقوله متميزا عن الشيوع في الرهن فان
قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه لما
ذكرنا ان اللزوم والجواز بالقبض اذا المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله اي قبل القبض
فاذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين
لقوله صلعم لا يغلق الرهن قالها اي هذه الالفاظ ثلث لصاحبه غنمه اي زوائده وعليه غرمه اي
عليه هلاكه قال ومعناه لا يصير اي الرهن مضمونا بالدين ولان الرهن الرهن وثيقة بالدين ليزداد
به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله عم للمرتهن بعد ما نفق فرس
الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون واجبا لا يقال المراد به ذهب حقك من الامساك
او من المطالبة برهن آخر لان الاول مشاهد فلا فائدة في الاخبار عنه وايضا ليس بحق له ولانه ذكر
الحق في اول الحديث منكرا ان رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما
الى النبي عليه السلام فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم اعاده معرفا وفي ذكر يكون
الحق عينا الاول كذا في النهاية وفيه نظر لان احدهما كلام الراوي والاخر كلام النبي صلعم وقال
ذكر ليس من القاعدة المذكورة الا اذا علم ان المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلعم
ولم يعلم ذكره وقوله عليه السلام اذا جنى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة
الرهن بعد هلاكه يعني اذا قال الراهن لا ادري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما
فيه حكى هذا التاويل عن ابي جعفر وقوله مع اختلاف فهم في كيفيته يعني انهم اتفقوا على ان
الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه مضمون بالقيمة
وروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما قالا الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي
عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه مضمون بالدين فاختلاف فهم على
هذا الوجه اجماع منهم على انه مضمون فالقول بكونه امانة خرق للاجماع والمراد بقوله عم لا
يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس
وابراهيم وغيرهما وقال ما كان تفسير ذكر فيما يرى ان يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل
عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى اجل يسمه له والا فالرهن لك بما فيه فهذا
لا يصح ولا يحل وهذا الذي نهى عنه فان جاء صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه
غرمه قال الطحاوي في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن يعني ابا حنيفة وابا يوسف
ومحمدا الى ان ذكره البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص و
ان بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وقوله ولان الثابت للمرتهن يد استيفاء
دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد استيفاء وهو الاستيفاء وهو ملك اليد
والحبس لان الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة

اي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فاضحى الرهن قد غلقا اي ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه
عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك وهو كما ترى يدل على الحبس الدائم فيكون
الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وثاقه بدين فك الفكاك
وكل ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذكر لما دام ينفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت
باثبات ما يوجبه فثبت ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية
تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبئا عن الحبس الدائم
لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة طلبا للاستيفاء
ومعناه ان يكون الرهن موصلا اليه اي الى الاستيفاء وذكر اي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس
ليقع الامن عن جحود الراهن فان جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى اداء الحق لان
الراهن يخشى ان يجحد الدين ان يجحد المرتهن الرهن وقد يكون اكثر من الدين وهو عاجز عن
الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر او لضجره عن المطالبة وهذه ايضا قضية
تدل على ان الرهن ملك اليد والحبس فينضم اليهما قوله واذا كان كذلك اي اذا ثبت ان ثبت
يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء ومن وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد
تعرو بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين ولكن استوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء
بالنسبة الى اليد وهو ربا بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينقض هذا الاستيفاء اي الذي
بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فما جعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان
الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء الا يرى ان البيع اذا هلك قبل التسليم فانه لا يعود استيفاء الثمن
بل ينتقض الاستيفاء به اجيب بان النقض انما يتحقق فيما امكن رد العين الى المالك كالثمن
فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى
الربوا وهو ان يستوفي رقبة لا يدا اجاب بقوله ولا وجه الى الاستيفاء الباقي وهو ملك الرقبة دون
ما استوفاه من اليد لانه غير متصور وقوله والاستيفاء يقع بالمالية جواب عما يقال لو كان الرهن
استيفاء لكان اما لعين الدين او لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين والاستيفاء
الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما
غير جائز ووجه الجواب الجواب انا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه
من حيث الصورة او المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة امانة حتى كانت نفقة
المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشترى
المرتهن لما تقدم في الهبة ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس عنوي
فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله وموجب العقد جواب عما يقال الشافعي

الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والمستوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه
العقد ووجهه ان موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذكر يحقق الصيانة لا محالة
وفراغ ذمة الراهن من حرورانه كما في الحالة فانها توجب الدين في ذمة الحال عليه لصيانة حق
الطالب وان كان فراغ ذمة الحيل من حرورانه فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات
الاصلية لا اللوازم الضمنية ونوقض بنقض اجارة وهو ان المستاجر بعد الفسخ يحبس عند
المستاجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرتهن حتى اذا مات الآجر كان المستاجر احق به من سائر الغرماء
ثم اذا هلك لم يكن مضمونا واجيب بان يد المستاجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء
هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستاجرة لاستيفاء المنفعة الاجرة من المالية فلذلك
لم يصر مستوفيا بالهلاك في يده واما اختصاصه به دون الغرماء لانه كان مخصوصا به قبل الفسخ
لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ بقي الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله فالحاصل الى آخره
واضح قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون قيل ذكر مضمون للتاكيد لان كل دين مضمون
وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالرهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع
لان حكمه اي حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب واما صحته بالدين
الموعود فسيجيء الكلام فيه وقوله ويدخل اي يشكل على هذا اللفظ اي الذي يدل على الحصر صحة جواز
الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيد بقوله بانفسها
احترازا عن غيرها والحاصل ان الرهن اما ان يكون بالدين او بالعين والاول صحيح بكل حال واما
اما ان يكون بعين مضمونة او لا وهو غير صحيح كما في الودائع والعواري والمضاربات و
الشركات والاول اما ان يكون مضمونا بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا او
قيمته ان كان قيميا او يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل او القيمة كالمبيع في يد البائع فانه
مضمون بالثمن واذا ظهر ذكر فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة
بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين فيه واجاب المص بقوله ويمكن ان يقال على ما اختاره بعض
المشايخ ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين تخلص والقيمة دين ولهذا تصح الكفالة به
اي بالعين المضمون بنفسه وقوله ولئن كان لا تجب القيمة الا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك
تجب بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود
سببه جواب على ما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد وكان
كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض بان صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها
تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلي دون الرهن واجيب بان قوله ما ذاب
لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح ان يقال قوله دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب
وجوبه او دينا انعقد ذكر فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه

فيه وقوله ولهذا يجوز ان يكون توضيحا على كل من التخريجين اما على الاول فتقريره ولكون
الموجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو احال
على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي لكان القيمة كان هلاك العين
كالهلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان تخلصا ولم يجعل واما على الثاني فتقريره ولكون سبب
وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لا تبطل الحوالة كما في الوديعة فان الحوالة
عليها تبطل بهلاكها لان لا وجوب هناك للقيمة وكان سبب الوجوب قال وهو مضمون بالاقل
من قيمته ومن الدين ه الرهن مضمون بالاقل اي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع
في بعض نسخ القدوري باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى
المنكر ثالث وكلاهما واضح وقوله يتراءا ان الفضل يعني ان التراءا انما يكون من الجانبين وقوله
كما في حقيقة الاستيفاء مثل ما اذا اوفاه الف درهم في كيس وحقه في الف فانه يصير مستوفيا قدر
والزيادة على قدر الدين امانة فكذا هذا وقوله ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لانا لو لم نجعل
الزيادة مرهونة ادى الى التشويش والعدم انفكاكها عنه وقوله ولا ضرورة في حق الضمان لان
بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا
ضمان على المرتهن كما سيجيء وقوله والمراد بالتراءا فيما روي حال البيع يعني توفيقا بين حديثي
علي رضي الله عنه فانه روي عنه المرتهن امين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع يعني
اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا
يرد الراهن زيادة الدين وقوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم يعني في فصل الجنس من ادب
القاضي وقوله واذا طلب المرتهن دينه واضح وقوله تحقيقا للتسوية قيل لان الرهن وان كان
كالاستيفاء والدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بان قبض
الدين لا يتوقف على احضار الرهن في زمان لم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة
يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله كانه يتضرر به زيادة حذر
لم يلتزم يعني المرتهن ولم يعتبر عنده احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا
يظهر مقابلة ضرر متيقن وهو تاخر حق المرتهن كما في الفصل الاول وقوله لا طلاق الامر
يشير الى انه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله لانه لا قدرة له على الاحضار لان الرهن
بيع بامر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله وكذا اذا امر المرتهن يعني لا يكون احضار
الرهن لانه اي الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه
باذنه صار كانهما تناسخا الرهن فصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن
الى الثمن الا يرى انه لو باع الرهن باقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كانه رهنه ولم
يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن كما شاء من قوله

فصار كان الراهن رهنه ومعدوين جوابا عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن ان يقبض الثمن
من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذكر ووجهه ما ذكر ان له ولاية القبض باعتبار كون
كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله وكما يكلف احضار الرهن للاستيفاء الكل يكلف للاستيفاء بخلاف
قيل اذا استوفى الراهن ملك الرهن واما اذا لم يدع فله حاجة الى ذكره واليه اشار بقوله لاحتمال الهلاك
وقوله ثم اذا قبض الثمن يعني ان بايع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره للاستيفاء بخلاف
مقام العين وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الى آخره فانه
فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما اذا قتل رجل
عبد الرهن خطاء حتى قضي بالقيمة على ما قتله في ثلث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر
المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فله بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين
الرهن فان قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن ثم وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء
كما كان ثم اجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى ينتقل اليها رهنية فيصير كالرهن في يد عدل
بخلاف ما تقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانهما تناسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر
فافترقا وفي النهاية جعل قوله وهذا بخلاف اشارة الى قوله يكلف للاستيفاء بخلاف وجهه
هكذا اي في مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه
بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يقبض شيئا قال وان كان الرهن في يده اذا كان الرهن بيد
المرتهن فهو مخير بين ان يمكن الراهن من بيعه وان لا يمكن لان حكم الحبس الدائم الى ان يقضي الدين
على ما بيناه وذكر حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله فلو هلك اي الرهن قبل الرد استرد الراهن
ما قضاه لما ذكره في المكتوب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف
درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى
هلك عنده من غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه
السابق وتقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة الاستيفاء
حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفي فيجب ان يكون ههنا كذلك
واجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا
الى وقت القبض والقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه
استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله على وجه
الفسخ احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله لانه اي الرهن بقي
مضمونا ما دام القبض والدين باقيا الا يرى انه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان
الدين باقيا واذا ابراه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات

ذات وصفين يعدم الحكم بعدم احدهما فان قيل فينبغي ان لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك
الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر لكان الكلام متناقضا اجيب بان بقاء احتمال الحبس
باحتمال الاستحقاق الموهوم يوجب الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ
عن دليل وقوله ولو هلك في يده يعني اذا حبسه بعد التناسخ فهلك سقط الدين اذا كان بقاء
بالدين لبقاء الرهن وقوله وليس للمرتهن معناه انتفى جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به قال
وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وكلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة الا يرى
ان المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى زوجها لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته
اذا ساكن الاب وحرز الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن واجرة الراعي ونفقة
الرهن على الراهن فان ابى فالقاضي يأمر المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس
الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال ابو يوسف النفقة
دين على الراهن والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله وكل ما كان لحفظه لرقبة الرهن كجعل الآبق
او لرد جزء منه كدواء الجراح وقوله والحفظ واجب عليه قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن
للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله لتعلقه بالعين يعني بخلاف حق المرتهن
فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما
يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان كاستحقاق
كاستحقاق جزء من الارض بكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما
اذا ارتهن ارضا عشرية مع شجر او زرع فيها فاخذ العشر كاستحقاق في جزء من الارض يبطل
الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر اجاب بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي لان
وجوبه اي وجوب العشر لا ينافي ملكه في جميع ما رهنه الا يرى انه لو باعه جاز ولو اوفى العشر من
موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم حزر جزء معين لم يتمكن الشيوع في الرهن لا محالة
ولا طاريا بخلاف الاستحقاق لان المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا في ما وراءه لانه
مستاجر وقوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه يعني من اجرة وغيرها فهو متطوع لانه
قضى دين غيره بغير امره وما انفق احدهما مما يجب على الآخر فان كان بغير امر القاضي فكذلك
وان كان بامره رجع عليه كان صاحبه امره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل ان مجرد امر القاضي
بالنفقة لا يصير دينا على الراهن ما لم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان امره ههنا ليس للالزام
فانه لا يلزم شيء منها بالانفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا
فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله وهي فرع مسئلة الحجر مذهب ابي حنيفة ان القاضي لا يلي على
الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند ابي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته
وحضرته وعند ابي حنيفة لو نفذ عليه امر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه وهو لا يراه خلاف

حال غيبته لان فيها ضرورة **باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز** لما ذكر مقدمات مسايل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال **قال** ولا يجوز رهن المشاع ٭ رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذكر وليس بصحيح لان الباطل منه ما هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الشافعي هو جايز ولم يذكره له في الكتاب دليلا لان اصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكره دليلنا على كليهما ظاهر ودليلنا موقوف على مقدمة وهي ان العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد استيفاء على ما بيناه وله العقد لما بينا انه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما نتناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمعين اي والمرهون من المشاع غير معين ٭ عين غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وادنى المعرفة ليل الشافعي بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يحتمل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني ان موجب الرهن اي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدايم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة او بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بينا يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره وكل ذلك اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام فموجب الرهن يتعلق بالدوام اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لم يكن من الاسترداد ربما يحصل الرهن والدين جميعا ويفوت الاستيفاء واما بالنظر الى النص فلانه لما اوجب القبض ابتداء اوجب بقاء لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمة في النكاح وقد علمت ان حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن ويثبت فيه الشيوع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه تعالى احتج بما يبتني على حكم الرهن وهو ان موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه وقوله ولا يفضي اليه اي الى دوام الحبس من تمام الدليل يعني ثبت انه لا بد من دوام الحبس ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس لا استحقاق الحبس في المشاع لانه لا بد من المهايأة فكانه يقول رهنتك يوما ودون يوم ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحقيقه ولهذا اي ولان الدوام يفوت في المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب وقوله ولا يجوز اي الرهن من شريكه على الوجهين جميعا اما على

على الوجه الاول فلانه لا يقبل حكمه واما على الثاني فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ ان يرهن الجميع ثم يتناسخا في البعض او اذن الراهن للمعدل ان يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وان يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وكلام واضح **قال** ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ٭ هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علمته فان الاصل الجامع ان اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض في المرهون وحده لاختلاطه بغيره وقوله وتخلف في المشاع في الدار يعني اذا رهن دارا مشغولة بامتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم يدخل في رهنها من غير ذكر فانتفى القبض الا ترى انه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها او منها لم يدخل الامتعة بخلاف ما باع النخل بكل قليل وكثير هو فيها او منها فانه يدخل الثمار فيدخل في الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله ولو استحق بعضه يعني بعض الرهن بان رهن دارا او ارضا فاستحق بعضها فاما ان يكون الباقي غير مشاع بان كان المستحق جزءا معينا غير شايع او كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين ان الرهن من الابتداء كان ما بقي وهو غير مشاع فكان جايزا وان كان الثاني تبين ان الرهن من الاول مشاع وهو مانع وقوله حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر يعني قال المشايخ رحمهم الله اذا رهن وابنه عليها شجر في او لحام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله ولا يصح الرهن بالامانات قد تقدم ذكره وقوله والرهن بالدرك باطل قد تقدم غير مرة ان الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بالدرك ان يبيع شيئا ويسلمه الى المشتري ان يستحقه احد فيأخذ من البايع رهنا بالثمن ولو استحقه احد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب اي استحقاق المبيع اولا واما الكفالة بالدرك ففي جايز والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في نادرة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البايع عند استحقاق رجوع المشتري على البايع عند استحقاق رجوع المشتري على البايع عند استحقاق المبيع ضمن البايع درك اولا اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع الا اذا قضى القاضي بنقض البيع واما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما او لم ينقض وهذا بناء على ان البيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البايع او قضاء القاضي لان احتمال اقامة البايع البينة على الاستحقاق او التلقي من جهة المستحق قايم اما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله كالرهن بالدين الموعود متصل بقوله يملك اما انه صورته ما ذكره في الكتاب وقوله لان الموعود يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة اجيب

بان المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم ايجاز وعده و
الدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره
وقوله ولانه معتوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده اي وجود الدين والمعتوض بجهة الشيء
حكمه حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء فيعطى له اي للذي قبض بجهة الرهن حق يهلك بهلاكه
سمي من المال بمقابلته ويجب على المرتهن ايفاء ما وعده وهذا اذا ساوى قيمته المسمى والا
المطلق جريان على ان الظاهر الغالب في الرهن ان يساوي الدين فان قياس هذا بالمقبوض على
سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب ان التساوي بين
المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا امانة
واما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار ان ضمان الرهن ضمان استيفاء
الدين حيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتداء
بحيث انعقاده ليس للبايع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان
الغصب وقوله فيقضى اي فيقضي المرتهن ما قبض دينا عن الدين الموعود قال ويصح الرهن بكل
مال السلم قال زفر حكم الرهن كالاستيفاء وهو وهو واضح وهذا اي اخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس
باستيفاء لعدم المجانسة فكان كالابتداء لا وباب كالابتداء الى فيها مسدود وقلنا هو كالاستيفاء لوجود
المجانسة من حيث المالية فان كالاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية واما عين الرهن فهو امانة
عنده كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان
قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في راس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب
ان هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من
حيث المالية وعلى تعذر تمليك العين لكونه امانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تمليك العين
ايضا وقوله لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا
بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه بالرفع يكون حتى بمعنى
الفاء على ما عرف وقوله لانه بدله اي لان راس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن
بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له ان
يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط وراس المال دين آخر واجبت بسبب آخر وهو
القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم ابرأه المرتهن
عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب ان الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم
وقوله ولو هلك الرهن اي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم
يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره اي بغير المسلم فيه وهو
راس المال وقوله هلك بالطعام يشير الى انه لم يهلك براس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم ان يعطي مثل الطعام

الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ راس المال لان بقبض الرهن صارت مالية مضمونة بطعام
السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة
قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة لزم رد المستوفى واسترداد راس المال فكذلك هنا وهذا لان
الاقالة في باب السلم لا يحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم
اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو
راس المال فوجب التقاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام اجيب بانا لا نسلم ان مالية الرهن مهنا من
الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا لانه يتعسر
الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بانه عقد استيفاء كان ذكر منهما تقدير
المالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام
دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزم
رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة مقررة لما مر آنفا انها لا تحتمل الفسخ
وقوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله واوتي ثمنه لان يحبسه يعني اوتي ثمنه لان يحبسه
يعني اوتي ثمنه ثم اراد فسخه للمشتري ان يحبس العبد كالاستيفاء الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن
عند المشتري كالاستيفاء ثمنه من البايع فان هلك المشتري بعد الحبس لزيد هلك بقيمته قال
ولا يجوز رهن الحر والمدبر كلام واضح قوله وقيام المانع في الباقين يعني حق الحرية ولهذا لو
طرأت هذه التصرفات ابطلته فاذا كانت مقارنة منعته قوله ولا يجوز بالكفالة بالنفس لمعنيين
احدهما ما ذكره في الكتاب ان استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون
في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاريان في القصاص وفي النفس وما دونه واما الرهن عن
بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه كذلك في ما اذا كانت الجناية خطاء لان
استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن رهنا لم يصح لانه غير مضمون
فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع وقوله ولا يجوز بالشفعة صورته ان يطلب الشفيع
الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري اعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله حتى لو ضاع
يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون الا يرى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل
فانه لا يأمر المشتري بتسليم الاجر وقوله فالرهن مضمون يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن
لانه رهنه بدين واجب ظاهرا الا يرى ان البايع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور
الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا
وقوله ثم ظهر انه اي العبد المقتول حر وقد هلك الرهن فانه هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله
ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا انه قبض بمال مضمون
ظاهرا فكان كالدين الثابت حقيقة وعن ابي يوسف خلافه يعني ليس عليه ان يرد شيئا لانهما لما

تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقا حاجة في حقهما والاستيفاء بدون
الدين لا يتصور وقوله وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه يعني ان الرواية عن ابي يوسف محفوظة في مسائل
الصلح عن الانكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي ان يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد والحمل
والشاة كذلك وقوله لابنه الصغير احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للابن ان يرهن عبده بدين نفسه
الا باذن الابن وقوله بينا اشارة الى قوله وهذا انظر في حق الصبي فان ملك الرهن في يد المرتهن
ملك عاقد ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا
مقدار الدين دون الزيادة لانها فيها مودع وانما الولاية في ذكره وقوله وعند ابي يوسف لا تصح
المقاصة بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله واذا رهن الاب
متاع ابنه الصغير يريد به ان جواز ان يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو ان
يكون له دين على ابنه الصغير فيأخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لنفسه
وقوله او عبد له تاجر لا دين عليه قيد بذلك لان الشبهة على تلك التقدير اما اذا كان عليه دين فلا اشكال
في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي ان يجوز من الاب اولى ولو رهن من عبده ولا دين عليه لم يجز وذلك لانا
نجعل رهنه من عبده الدين لا دين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن من الاب من نفسه
جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصي ولو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على ان بيع
الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بان باع بمثل القيمة من نفسه فكذا
جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة واما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا
بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح والضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه
الكبير وعبده للوصي وقوله لان له حكما واحدا يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه
عند مولاه او عند اجنبي وقوله واذا رهن الاب متاع الصغير يعني سواء كان لنفسه او للصغير
وقوله ومات الاب قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان
الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله ان يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب
وقوله لاشتماله على امرين جائزين يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه
ورهنهما ذلك لدين على الصغير وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك رهنهما
لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس وقوله كفعله
بنفسه اي كفعل اليتيم بنفسه وقوله والحكم فيه هذا يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه
ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا
يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا الدين باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع
المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به على اليتيم وقد ضاع العين من مال
اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله يضمنه لحق المرتهن يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير

الصغير يعني قدر الزيادة على الدين وقوله ياخذ بدينه اي ياخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة
دينه فضلا عما قبله كالاستيفاء وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل قال
ويجوز رهن الدراهم والدنانير قد عرفت ان كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز ان يرهن بدين مضمون و
الدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان هلكت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان
اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند ابي حنيفة وقالا يضمن القيمة
من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه والى رواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله
فهو بما فيه يعني فذكر الرهن ضائع بمقابلة ذكر الدين كله وقوله في الوجهين يريد به ما يكون قيمته
مثل وزنه او اكثر على ما ذكر في الكتاب وقوله على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة يهلك بالدين
وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله ثم يهلك يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان
الرهن الاول فقوله واستيفاء الجيد بالردي جائز قال في النهاية هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح
ان يقال واستيفاء الردي بالجيد جائز وانما قلنا ان هذا اصح لوجهين احدهما ان الاستدلال
بقوله كما اذا اجتمعا به اي في بدل الصرف والسلم يؤذن ان الاصح ان يقال واستيفاء الردي بالجيد لان
التجوز انما يستعمل فيما اذا اخذ الردي مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردي للشبهة لا حد
فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشيء آخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة بان وضع المسئلة فيما اذا
استوفى المرتهن لعشرة قيمة ابريق هو اقل من العشرة لرواية فكان المرتهن مستوفيا الردي
بمقابلة جيد وارى ان ما في النسخ حق ويفيد ما يرد به صاحب النهاية فليتامل وقوله
وقد حصل الاستيفاء بالاجماع لما عرف ان يقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد
والرهن عدم ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو اما ان يكون الراهن
او المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعينا لمطالبة ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون
مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين وقوله قيل هذه
فريعة كذا انما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ما روى عيسى بن ابان محمد مع ابي يوسف في
تلك المسئلة واما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه مع ابي يوسف
وقوله والفرق لمحمد يعني على تقدير ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة انه اي رب الدين
قبض الالوف ليستوفي دينه من عينها اي ان يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزيادة لا تمنع
الاستيفاء وقد تم بالهلاك والمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا لرده بالضمان
واخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المغصوب
لحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشيء عند ابي حنيفة
فكان الجواب فكذا في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي وهاهنا رد المثل مقام رد العين لمراعاة
زيادة فكذا في الرهن قال شيخ الاسلام في مبسوطه ولكن جعل هذه المسئلة مبتداة اولى لانه وجد ههنا

للمرتهن الرضى بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه ان بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار
الوزن ولم يوجد ثم وقوله ولو انكسر الابريق كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من انكساره
ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يجبر الراهن على الفكاك
لانه ان اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه
الى الاول لانه اي المرتهن يصير مستوفيا دينه بالجهة على الاقرار وانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما
فات من جهة الابريق بالكسر وذكر بواو الى الهاء لما فيه من الاقرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن
سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك
ضرر به لا محالة فخير ثاه بين ان يفتكه بما فيه اي بالدين الذي في الكسور وهو جميع الدين وبين ان
يضمن المرتهن قيمته من جنسه او خلافه في جنسه مصوغا فيكون رهنا عند المرتهن ويملك الكسور بالضمان
وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا
لانه لما تعذر الفكاك بجانا يعني لما تقدم انه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين ولا ان يفتكه مع النقصان
بقي ان يفتكه بجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك كما تعذر الفكاك وفي الحقيقة من الهلاك مضمون
بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو
استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم يقع المقاصة بين
الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اطلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بان يصير الرهن
مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي عبارته تسامح والحق فكان
التضمين بالقيمة واجبا او صوابا او الصحيح او ما شاكل ذلك وقوله وفي الوجه الثالث وهو ما اذا
كانت قيمته اقل من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجوه عشر قيمته جيدا
من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى ان يحل الاجل
ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار
على ما مر وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عندهما بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو
ما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث
على الاحتياج الى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين
وقيمته اكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصياغة فيه عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده
وعند ابي يوسف يضمن جنس اسداس قيمته ويملك خمس اسداس الابريق ويغرم سدسه
جزءا عن طريان الشيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد ان النقص بالانكسار
ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك
يخير الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء جميع الدين
وجه قول ابي حنيفة ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان

فيه يضمن ح

فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن
كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين
فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزيادة عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون
مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع
امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوجه لان الفرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله
مضمونا من حيث القيمة كيلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان
حالة الهلاك كحالة الاستيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب
في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن على خلاف جنسه ووجه قول ابي
يوسف ان الضمان والامانة لا يتبعض في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها
عند المقابلة بخلاف جنسها وفي مرض المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة
لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث واعتبارها عند المقابلة بالجنس ثابت للنص لا لكونها حدوثا
في ذاتها كما كانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويصير حصة اسداس
الابريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما
هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست كحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن فيه حصة اسداسه
من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة امانة للمناسبة لان الجودة تابعة
للوزن لا تنفصل عنه وصفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع بمقابلة
التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار
والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذا عند الانكسار
يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة
والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم و
الدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصياغة كائنا ما كان لو انما
وقع الدرهمان ههنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك قال ومن باع عبدا على ان
يرهنه المشتري شيئا بعينه كله واضح وقوله لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة يعني ان
جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين
والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشرة
او يعطي كفيلا غير ملي وليس له ذلك من التوثق شيء فبقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد
وقوله ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك هذا الثمن قبل ان يدفع
به ثوبا غير المشتري والصواب انه وغيره سواء ولو قال امسكه بثمنه او قال امسكه رهنا حتى
اعطيك ثمنه فهو رهن بلا خلاف وقوله علم ان مراده الرهن لان حكم الرهن هو الحبس الدائم

الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن **فصل** وجه
الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تاخر التعدد عن الافراد وقوله وصار كالمبيع في يد البايع
في ان المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن في البيع فله ان يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن
فان سمى لكل واحد من العبدين الرهن شيئا كالرهن عبدين بالف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه
خمسمائة تكذكر في رواية الاصل وفي رواية الزيادات له ان يقبض اذا ادى ما سمى ووجه كل واحد
منهما ما ذكره في الكتاب وقوله الا يرى توضيح لذكر فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الابتداء
وجب ان يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب
الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق
التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما
دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد
ما نفذ بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك
ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان
بالانفكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى
تفريق الصفقة لان الكل باقية ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا حاله الاجمال
موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين
اكثر قيمة مثلا ان يساوي احدهما الفا والآخر الفين ورهنهما بثلاثة آلاف احدهما بالف والآخر
بالفين ولم يبين هذا من ذاك واداه الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول هذا
الذي رهنته بالف والمشتري يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذكر جهالة تفضي الى المنازعة واما
عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا تمكن
من فكاك البعض بقضاء بعض الدين قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين صورة المسئلة
ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين وغيره ولا لكون الدينين من جنس واحد او من جنسين
مختلفين بان يكون دين احدهما دراهم ودين الآخر دنانير لان الكل في ذكر سواء وقوله لان
الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة كالشيوع فيه قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين
على قول ابي يوسف ومحمد فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع
حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالرهن على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى
اثنين يوجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن
مملوكة لشخصين على الكمال فيجعل شايعة لتتم عليهما الجواز والرهن غير مفيد للملك وانما
يفيد الاحتباس ويجوز ان تكون العين الواحدة محتبسة لاثنين على الكمال فيمنع الشيوع فيه
تحريا للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا هو الجواب لابي حنيفة في جعل

في جعل ذكر شايعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله فكل واحد منهما في
نوبته كالعدل في حق الآخر يشير الى ارتهان كل واحد منهما باقي ما لم يصل الرهن الى الراهن
وقوله لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق اعترض عليه بان المرتهن
الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء
فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذكر ينبغي ان لا
يسترد الرهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان
كل واحد منهما باقي ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه
من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينيهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه
رد ما قبضه ثانيا **قال** وان رهن رجلان بدين عليهما رجل رهناه منه عكس
المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان عبد في يد رجل ادعاه رجل
انه رهنه بدين له عليه وقبضه واقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو احد الوجوه فيها
وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد واحد منهما او في يد احدهما فهو اولى به لان
تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشرى وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فانه
حينئذ في السبق وهو يثبت الاولية وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب
اولا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة
الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه ناخذ وجه
ما ذكره في الكتاب والفرق بينهم وبين الرهن من رجلين ان حق كل منهما ثم يثبت في جميع
الرهن حتى اذا قضى دين احدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضي دينه لوجود الرضى من
كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد
اشار المص الى هذا في الوجه الاول بقوله لانا نتول هذا على حاله فيما اقتضته الى آخره وباقي
كلامه واضح

باب الرهن يوضع على يدي العدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نايبهما وهو العدل
لان حكم النايب يتضمن حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع
الرهن في يده ورضيا بيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكن يخالف
المنزه في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي قال واذا اتفقا على وضع
الرهن في يد العدل كلامه واضح وقوله ذكر قوله في بعض النسخ اشارة الى ان في بعضها ليس
كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن الليلي بدل ما ذكر فكانه شك في هذه الرواية
من ماذكر فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب فان ثبت ذكر عنده كان عنه
روايتان وقوله ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن عند الهلاك يعني اذا هلك الرهن في يد العدل

فان كان في يد احدهما

ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم يكن بيده يد الراهن لما رجع وهو
كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاتفاق فانه يرجع على المودع ان يده يد
مودعه وقوله ولنا ظاهر وقوله لانه نايب عنه في حفظ العين كالمودع يشير ما يعني ان يقال
كما ان نايب عن الراهن فهو نايب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية
فلم لا يرجع عليه وذكر لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل
والتحويل وذكر يتعلق بالعين دون المالية على انه سوال ساقط الا ان الخصم ليس بقابل به فان
قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذكر اما ان يكون من حيث
انه امره به وذكر غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر ويعقد الرهن لم يصر
القبض هنا له حق كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في
الوضع على يد العدل ولا تاثير لذكر لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على
قبض العدل فالجواب انه قابض من حيث امره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن
وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لان فسخ العقد والرهن ينفرد به تكون غير لازم والقبض
ما دام العقد باقيا وقوله لا يعدو ان يجعل القيمة اي العدل لا يعدو ان يفعل ذكر لما ذكره وقوله
ولو تعذر اجتماعهما يرفع قال في النهاية اي يرفع العدل احدهما الى القاضي وفي بعض الشروح
يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن وهو الظاهر ولو فعل ذكر اي جعل القيمة في يد العدل
رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال ان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة اي للعدل
لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو اخذها احدهما اجتمع البدل
والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدل من حيث
المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما
في يده اخذه اذا ادى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل
بعد ذكر على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن
لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعاره او اودع ملك
نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان
قال هذا رهن عندك ضمن ضمن بحقه واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او
هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان قال واذا وكل الراهن المرتهن كلهم واضح وقوله
فليس للراهن ان يعزل الوكيل يعني بدون رضى المرتهن وقوله الا يرى انه اي ان عقد الوكالة لزيادة
الوثيقة فيلزم بلزوم اصله اي عقد الرهن وقوله لانه اي عقد الوكالة لانه باصله فكذا بوصفه وهو
الاطلاق لما ذكر انه صار حقا من حقوقه وقوله لان العقد اي لان عقد الرهن لا يبطل بموتهما ولا
بموت احدهما فيبقى بحقوقه التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة واوصافه التي هي اللزوم وجبر الوكيل

لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله
لانه باصله

الوكيل وحق بيع ولو الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله وان مات الوكيل
انتقضت الوكالة يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد
به فلان لا يبطل بموت العدل اولى وقوله والارث يجري فيما له اي لا فيما عليه الا يرى ان الميت
اذا كان عليه دين لا يجب على ورثته الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله اجبر
على بيعه يعني يحبس اياما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه اياما ذكره في الزيادات ان القاضي
يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر واما على قول ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا
يبيع قياسا على مال المديون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله لما ذكرنا
من الوجهين احدهما انه وصف من اوصافه والآخر ان فيه اتواء حقه وقوله قيل لا يجبر اعتبارا
للوجه الاول ذكره في المبسوط انه ظاهر الرواية وقوله ان الجواب في الفصلين اي فيما كان مشروطا
في الرهن فيما لا يكون كذلك واحد اي يجبر فيهما ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير حيث
قال فيه اذا اتى الوكيل بجنس من غير فصل بين ان يكون مشروطا في العقد او لم يكن وكذا ذكر
في الاصل مطلقا وقوله فقد خرج من الرهن لانه صار ملكا للمشتري وهلك لا يكون رهنا واذا اتوى
كان مال المرتهن نصيب مال على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله
وغرم القاتل قيمته يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه
اي هذا الضمان من حيث المالية وان كان متعلقا بالدم حق لا نزاع على دية الحر فاخذ حكم ضمان
المال في حق المستحق وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله وليس له ان يضمن غيره اي ليس للعدل
ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اعطاه وكلامه مكشوف يكشفه وايضاحه شكرانه تشبيه سوى
الغاز وضمانه توضيحها زيادة ايضاح فقوله وصح الاستيفاء اي صح استيفاء المرتهن الثمن مقابلة
دينه وقوله وان ضمن البدل اي العدل وقوله فلا يرجع المرتهن عليه اي على الراهن بشيء وقوله
فاذا تبين انه ملكه اي ملك العدل وقوله لم يكن راضيا به اي باداء الثمن الى المرتهن وقوله حل اي فللعدل
وقوله بطل الاستيفاء اي بطل قبض المرتهن وقوله وانما اداه اي ادى المشتري الثمن الى العدل ليسلم
للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله رجع على الراهن بالقيمة اي بالثمن وقوله لان المقبوض سلم له اي
لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله وان شاء رجع على المرتهن اي وان شاء العدل
رجع على المرتهن بالثمن الذي اداه اليه وقوله فيرجع به اي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على
الراهن وقوله ولا يرجع به على المقتضي اي على القابض وقوله فيكون البيع لحقه وسلم له جاز ان يلزمه
الضمان وقوله وهذا يؤيد قول من يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة
في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل
الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا
التوكيل حق المرتهن وقوله متعد في حقه بالتسليم او القبض يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض لكان

الراهن

اقتضاء بدل

كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله فلا ينتقض قضاؤه اى قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى
يكون بهلاكه مستوفيا وقوله طعن ابو خازم يعنى هذا السؤال طعن به ابو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن
الحسن وابو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضى الحنفى ببغداد وقوله والغرور بالتسليم كما
ذكرناه يعنى بقوله لان كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم وقوله او بالانتقال من المرتهن اليه اى الى
الراهن كانه وكيل منه اى كان المرتهن وكيل من الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من
الوكيل الى الموكل والملك يكل ذكر اى بكل واحد من التسليم والانتقال متاخر عن عقد الرهن اما بالتسليم
فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين انه رهن غير مملوك واما بالانتقال فلان المرتهن غاصب فى حق
المستحق فاذا ضمن ملك المضمون وكان لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهة
المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فيملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون
ملك الراهن متاخرا عن عقد الرهن فكان رهن غير مملوك ولا يشكل اذا استحق راس مال المضاربة
وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متاخرا عن عقد
المضاربة لما ذكرتم ان الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم او بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك
متاخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلدوامه حكم الابتداء فصار كانه انشاء
العقد بعد الرجوع فنفذت بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله بخلاف
الوجه الاول يعنى ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن
فيستند الملك اليه ويتبين انه رهن ملك نفسه وقوله وقد طولنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى قبل
هذا وهو مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل ان يكون مالكا لكان الرهن عبدا
فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه
للراهن كقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه كما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من
وقت التسليم فحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما يكون
بعد كونه رهنا فكان متاخرا طبعا واخرة وضعا قال واذا باع الراهن الرهن اذا باع
الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن او لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد فيه
فى موضع قال بيع المرهون فاسد وفى موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد
محمول على ما لم يجز فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشترى التسليم وقوله جائز محمول على
ما اذا اجازه وسلمه وذلك لان من تصرف فى ماله تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن اوصى بجميع
ماله يقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان اجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع بالتقاط حقه
راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان اجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكرنا فى الكتاب وقوله هو الصحيح
احتراز عما روى عن ابى يوسف انه ان شرط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا كان رهنا والا فلا لان الراهن

جاز الاول صح

زته

تعلق ايضا

الراهن ملك الثمن لنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط ولا
ان فسخه فى الانفساخ روايتان كما ذكره فى الكتاب وقوله ولاية الفسخ الى القاضى لا
اليه اى لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضى وقوله لما ذكرنا يعنى
لفوات القدرة الى التسليم وقوله ولو باعه الراهن يعنى لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن
ثم باعه بيعا ثانيا فانه موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو اجاز
المرتهن البيع الثانى جاز الثانى ولو اجاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن الا ترى انه
قد يرهن ليشترى فاذا اجاز المرتهن وسلمه اليه نفذ ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده
وانما خص اجازة البيع الثانى لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها
يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هى وباجازة البيع الثانى لا يصح البيع الاول وان كان
سابقا ويصح هو والفرق ما ذكره فى الكتاب والاصل فى ذلك ان من تعلق حقه بشئ وتبدل باجا
الى غيره فان كان البدل مما تعلق به حقه به حقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن
الرهن ثانيا واجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا اخذ من العقد لتعلق حقه به
ببدله فيصح تعيينه واذا آجر بعد البيع او رهن وسلم او وهب وسلم واجاز هذه العقود
جاز البيع الاول وسماه اولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لا بدل له فيه كالهبة والرهن
وبعضها ان كان فيه بدل لكن ليس مما تعلق به حقه كما فى الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه فى
مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حق لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا للحق فنفذ
البيع الاول وسكت المص عن اشتراط التسليم فى الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال
فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اذا اعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان او
معسرا وللشافعى قولان شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال فى المعسر تنفيذ
ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل اولى لانه اسرع نفوذا من العتق حتى جاز من الكتابة دون
العتق ولنا انه تخالط عتق ملك نفسه فكل من فعل ذلك صح كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او
الابق او المغصوب فانها تشترك المرهون فى فوات يد المالك وفى انتفاء القدرة على التسليم ان باع
فكان المقتضى متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم اما تحقق المقتضى فلانه تصرف صدر من اهله ولا نزاع
فيه مضاف الى محله لانه لا انتفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن
واما انتفاء المانع فلان عارض الرهن لا ينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن انما ثبوت يد الاستيفاء
للمرتهن كما هو عندنا او حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم وشئ من ذلك لا يوجد ملك العين فيبقى
العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد ازاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن فى البدل
بناء عليه كما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو
حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلان لا يمنع الادنى وهو يد المرتهن اولى فان قيل ليس المانع منحصرا

فيما يزيل الملك بل يورث تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ في البيع والهبة أجاب بقوله وامتناع
النفاذ ومعناه ان حق المرتهن انما صلح مانعا في البيع والهبة لاعدام قدرة العاقد على التسليم
جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى ان اعتاقه لغو وصورته مريض اوصى برقبة عبده
لشخص ولا مال له غيره ثم مات واعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب ان يكون في الرهن
ووجهه ان ذلك لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واما عندهما فله اشكال لانه يعتق في
الحال وقوله فاذا نفذ الاعتاق راجع الى اول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق النقض وانتفى المانع نفذ
الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله الا اذا كان الخلاف
جنسه يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية الخلاف في جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يتبدل
به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله لانه لما تعذر الوصول دليل وجوب السعاية على العبد وكل
نذكره يعني في هذا الباب في مسئلة كمسئلة الامة المرهونة وقوله وعندهما لا تملكه يعني وان عتق
عندهما كان في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا اداها كمل العتق وقوله لا دواية عنا لا يوسف
فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا يعني ان
الراهن اذا حكم في دينه كان ماكلا من حيث المالية وباقي كلامه واضح قال ولو دبر الراهن صح
تدبيره ٥ الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق
وحقيقته لم تمتنع فحقه اولى واما عنده اي عند الشافعي فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن
وقوله واذا صحا يعني التدبير والكتابة خرجا اي المدبر وام الولد يعني عندنا واما عنده فلانه المدبر
لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما حرر آنفا وكلامه واضح وقوله وكذلك لو استهلكه الراهن الرهن معطوف
على قوله فان كان موسرا ضمن قيمته وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيده
بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله كما انها
هلكت بآفة سماوية يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله والمعتبر في ضمان الرهن
تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئا واجيب بان العين
قد تغيرت وكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كان عليه قبل الهلاك فانت تنكر الصلاحية
وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من الدين عند القتل بخلاف ما
اذا لم يتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بها لها من غير تفاوت فلا يسقط شيء
من الدين وقوله فان نقصت عن الدين بتراجع السعر اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله
واذا اعار المرتهن الرهن للراهن فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا
يملكها فكيف تملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير
اطلق الاعارة وقوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض
العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان

لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذا كان يد عارية
وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد رهن للزوم عقد الرهن واذلنا الضمان لفوات القبض
الموجب له وهو محسوس لا يرد ولجواز الهلاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن
وكلامه واضح وفي غاية التحقيق شكرالله سعيه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لمنافاة بين
يد العارية ويد الرهن وقوله وهذا اي ما ذكرنا من اعارة احدهما باذن الآخر اجنبيا تخلص
الاجارة والبيع والهبة من اجنبي وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة
والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن
اذا اعتبرها ايضا لاستحالة او اجنبيا ولا يرتفع عقد الرهن وحكم الوديعة حكم العارية والرهن
يبطل عقد الرهن واما الاجارة فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما
لو استاجر منه او اودعه ذلك ان يستخدمه وان كان هو المرتهن وجد القبض للاجارة او اجنبيا
مباشرة احدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن بها لاجرة للراهن وبالاجارة القبض للعاقد والبيع
رهنا الكلام فيهما واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كان من المرتهن مباشرة
احدهما باذن الآخر واما من الراهن فلا يتصور وقوله لما بيناه يعني في صورة العارية
ثم اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال ومن استعار
من غيره ثوبا ٥ من استعار ثوبا ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذكره او يقيده بشيء فان
كان الاول فما رهنه المستعير به من قليل وكثير كان جائزا عملا بالاطلاق وكان ذلك
تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان استاذن
ان يقضي دينا عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع
العين واليد فيه فالجواب ان الانفصال غير مانع لعدم استلزام احدهما الآخر فانه يجوز ان
ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا
كالبائع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن
ملك اليد دون العين قوله ان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة يعني المنازعة المانعة عن التسليم
والتسليم فانها هي المفسدة للعقد فصار كما اذا اعار ثوبا والمطلق وان كان سواء كان
التقييد بالقدر او الجنس او المرتهن او البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصبا بالتصرف
بغير اذنه فان التقييد بالقدر يبقى الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما يتيسر
اداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو اقل المالين فالزيادة زيادة ضرر ونفي النقصان لان غرضه
ان يستوفي اكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما سلم
به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت اكثر لان الزيادة على قدر
الدين عند الهلاك امانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله على

ما بيناه يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذكر قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله افتكاكه
جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبرا نا
لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه وقوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال في النهاية
ليس يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر القيمة لا ما كان
اكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه المعير بالفين ليس له ان يرجع
بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير اكثر من ذلك وليس بوارد على المص
لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه
صار قاضيا دينه بماله ولو اختلفا في ذلك اي في كون الهلاك حال الرهن او غيره فقال المعير هلك
حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن او بعده الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة
للمعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد اقر بسبب
وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما يفسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة
كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب اجيب بان الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بماله
الرهن ولم يقر بذلك وقوله ولو اختلفا هكذا في نسخة قرأتي على الشيخ وقد وقع في النسخ
كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لان في لفظ كما
يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه
وقوله في انكار اصله يريد عقد العارية وقوله لان استرداد القيمة كاسترداد العين يعني ان
المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم
استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله ولو استعار عبدا او
دابة ليرهنه واضح وقوله في آخره واما المستعير للرهن فيحتمل مقصوده الآخر يعني بتسليم الراهن
الى المرتهن سعى في جعل المستعير للرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده
الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهرا اذا كان الاستعمال قبل الرهن اما بعد فكاك فليس
في تحصيل مقصوده الآخر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير لغير الرهن وقد اجيب بان
ثم الرد الى نائب المعير وهو المستعير لنفسه وقد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك
مودع والمودع يبرأ بالرد الى الوفاق فالرد الى الوفاق قبل الرهن كان رد الى صاحبه حكما و
بعده الى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المص هو مختار شمس الائمة السرخسي واما اختيار شيخ
الاسلام فهو ان المستعير يبرأ عن الضمان بالرد الى الوفاق دلت عليه هذه المسئلة قال
وجناية الرهن على الرهن مضمونة معناه واضح وعني باللازم ما لا يقدر على اسقاطه بانفراده
وبالمحترم ما يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال
يعني ان يكون الجناية في النفس او ما دونها خطأ واما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله

وقوله الوفاقية يعني اما وجه المسئلة التي اتفقوا على حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن
هدر لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال بدليل انه اذا مات وجب الكفن على
مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه
لو وجب عليه شيء كان واجبا له عليه وذكر بالمال ونقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب
فانها توجب الضمان واجاب بما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بها
دم والمولى اجنبي عنه توضيحه ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح و
بالموجبة بالمال صحيح وبالموجبة بالمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية
ان الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب
الضمان كما اذا حصلت على اجنبي آخر فان قيل ما لينه محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب
الضمان اجاب بقوله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وان كان يسقط
حقه في الدين فان ابقاءه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في
ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه
رهنا كما كان وقوله فدفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وتخلص المشاكلة
لمانه وان كان قابله ذكره بلفظ الدفع لوقوعه في صحبته او التغليب سماه دافعا وبناه
وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه فكونه طالبا بالدفع
او الفداء كالراهن فكان حكم الدفع او الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد لا قابلية
في ذلك وقوله وان كانت القيمة اكثر من الدين بان كان الفين والدين الفا واتلف متاع المرتهن
فقال للراهن اما ان تقضي نصف دينه او نبيع عليك العبد فان امتنع من القضاء بيع العبد
ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شيء من الثمن اخذ الراهن نصف المرتهن
نصفه فان بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن
وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجهه غيره
ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وهذا الى ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن
هدرا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن متميزة
متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف نقصان
القيمة يتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به
وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله حقوقا
يزداد على دية الحر يتجه قوله كان متابلا بالدم وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه بدل
المالية في حق المستحق وقوله او نقول دليل لهذا اي لا يمكن ان يجعل المرتهن مستوفيا لالف الدين
بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة

وبقي تسعمائة في العين فاذا هلكت بغير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم ان
صورة المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من الف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر
العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة و
قتل عبد العبد العبد المرهون ودفعه به واقوال العلماء فيها ايضا ثلثة اما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكها بجميع الدين
بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة ان الراهن بالخيار بين ان ياخذ
الرهن بجميع الدين كالاولى وبين ان يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما ذكره وقول
زفر ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو ان الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة
قياسا على الصورة الثانية فان حكمها ان التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن
تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب وقوله
لحما ودما يعني صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول في الادمية
والشرع اعتبره حرا من حيث الادمية دون المالية الا يرى ان استواءهما في حق القصاص
فكذا في حق الدفع ايضا وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر عبارة
عن فتور رغبات الناس الى آخره وقوله كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في
يد الغاصب يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين ان ياخذ بكل
الثمن وبين ان يفسخ البيع لتعذر المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان ياخذ الحر
مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله وانه منسوخ يعني بقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن ثلثا وقوله ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف قيل
في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا
في الصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر
الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذكر فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية
جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه
ايضا وفي ذكر سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي جاز قصبات السبق في مضمار التحقيق
وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار
ثم واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطاء فضمان الجناية على المرتهن يعني اذا كانت القيمة والدين
سواء اما اذا كانت القيمة اكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه
وقوله لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن يعني اذا كان على المرتهن وقد
اداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين
فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن الى الراهن ولا يكون متبرعا في الفداء لانه يسعى في تخليص ملكه

ملكه كمعير الرهن وقوله وحق ولي الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن يعني ان دين العبد مقدم
على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية ايضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولي الجناية ثم يباع
للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى الى لتقدم دين العبد على حق المولى كان مقدما
على حق المولى كما مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في
المالية وولي الجناية في ملك العين وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك وقوله فان
تشاحا بان اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع او بالعكس فالمعتبر هو الفداء ذكر جانب المرتهن
اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار وذكر بعد ذكره جناية ولد الرهن وقوله لان سقوط
الدين امر لازم فدى او دفع يعني ان الراهن اذا خير طلب فلا بد له من احدهما وايهما كان سقط
الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله وان كان غائبا ذكر هذا لاسراد ان
المراد به الغيبة المنقطعة وقوله وهذا قول ابي حنيفة وما بعده هو الجواب بقوله وسنبين القولين
وما بعده واضح الى آخره

فصل

هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر
في اواخر الكتب ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة
وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الغايات بحرف الرهن وبغواية
في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم واما يتخير الراهن بين ان يفتكها ناقصا بجميع
الدين وبين ان يعطي قيمته ويجعلها رهنا عند عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد بين ان يفتكه
ناقصا وبين ان يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله تساوي عشرة وقع اتفاقا وقوله لان
ما يكون محلا للبيع يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله والخمر لا يصلح
محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده هكذا في
الرهن ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا يختلف
عن ذكر الاصل ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما
يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فكذلك تختلف عن ذكر الاصل واعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فاما
ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين او يكون الراهن وحده مسلما او بالعكس فان كانا
كافرين فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل وفي الاحكام الباقية ان تخلل فكذلك والا يلزم الطلاق
المصرحين حال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فعلى المرتهن ان يخللها ولا فيه تفصيل
ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمير بحيث لا يعود
ذلك ينقسط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية والمرتهن
ذمي واذا جاز ذلك للمسلمين والخمر ليس بمحل بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى
لانها محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا فله ان ياخذ الرهن والدين على حاله لان صفة
الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمته يوم خللها لانه

صار غاصبا بما صنع كما لو غصب حر دمي فخللها والخل له وتبع الخاصة ان كان دينه من جنس القيمة
ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله فهو رهن بدرهم يعني ان كانت قيمة الجلد
يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة
الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم
يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل
الدين فان كانت اكثر او اقل فهي مذكورة في النهاية **قال** ونماء الرهن للراهن لان الاصل ان
الاوصاف التابعة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه
متقالا زما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة الام ولا ينفرد من عليه بابطال حكمها
لكونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وانما فسرنا بذلك ليتناول الحرة فانها ما تسري
الى الاولاد والزكوة بعد كمال الحول كذلك فانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في غير الامهات
وليتناول ولد الجانية فان تحمله يتفرع بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام
الاوصاف ليتناول ولد المغصوبة والمستاجرة والمنكوحة والموهوبة نحذفتها لان الاولاد حين الولادة
لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف واما في غير الغصب فظاهر واما في الغصب فلان الضمان به يعتمد ايضا
مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم ان نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد
للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له ففي الاصل وصفان لازمان الملك
وكونه رهنا فيسري ايضا الى الولد فان ملك الولد ملك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل
بالاصل اذا لم يكن مقصودا الا انها لم يدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان ملك
الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض
كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا اذ لو هلك قبله هلك مجانا والتبع تقابله
شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة
ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما اصاب الاصل يسقط من الدين
بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به وقوله وصوف المسائل
على هذه الاصل يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك تخريج وفي ذلك
كثرة وتطويل فاعرض عنها وتابعناه في ذلك وقوله فيصح تعليقها بالشرط يريد بالشرط قوله
فما حلبت فان حكمه ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في جزائه وقوله لانه اتلفه باذن
المالك فيه اشارة الى انه لو اتلف بغير اذنه ضمن وكان القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن
ذلك بدون اجازة المرتهن **قال** وتجوز الزيادة في الرهن . الزيادة في الرهن مثل ان
يرهن ثوبا بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة
جاز عند علمائنا رحمهم الله والزيادة على الدين لا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف

لابي يوسف وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف يجري في الرهن والثمن
والمهر والمنكوحة وهو ان يزوج امته من رجل بالف ثم يزوج امة اخرى بذلك الالف وقيل الزوج
يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكروا الاسرار وطريقة البرغري وغيره ذلك ان ذلك لم يصح
ونقل عن حميد الدين الضرير انه قال يجوز ان يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحة
ان يقول المولى زوجتك هذه الامة اخرى بذلك المهر اما لو قال زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم
ان يصح وقوله الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسة يعني الدين الذي هو الف يكون بنصف الدين
كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين بنصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله والالحاق باصل
العقد اقساط للجامع الذي ذكره ابو يوسف وهو واضح وحاصله ان الالحاق باصل العقد انما
يتصور اذا كانت الزيادة في المعقود عليه او المعقود به والزيادة في الدين ليست في شيء من ذلك
اما انه غير معقود عليه فظاهر واما انه ليس بمعقود به فلوجوده بسببه قبل عقد الرهن بخلاف
الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله وبسبب هذه
زيادة قصدية بخلاف نماء الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله
واذا ولدت المرهونة ولدا يعني اذا رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي
الفا فقال الراهن زوجتك هذا العبد مع الولد رهنا ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون
العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد
فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه
بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان
لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زوجتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام
يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة
دخلت مع الام فصار كانهما كانتا في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان
مات الام بعد الزيادة وجب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيها لان هلاك الام لا يوجب
سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة وجب بغير شيء
فكان العقد في الام والاولاد معها قال فان رهن عبدا يساوي الفا كلام واضح وقوله
على ما بينا من قبل يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله خلافا لزفر هو
يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وقبله
سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب ان الرهن
مضمون بالدين او لجهته عند توهم الوجوب كما في الدين الموهوم ولم يبق الدين بالابراء اي
بسببه ولا جهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط
الضمان فانه طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله

الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما
ذكره على وجه الترقي بقوله لان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام
الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الغاية لانه يعقب مطالبة
مثله فيفضي الى الدور فاما هو يعني تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قايم في نفسه وهو تكرير للتوكيد
فاذا هلك يعني الرهن يتعذر الاستيفاء الاول وهو الكلي فانتقض الاستيفاء وهو الحقيقي لئلا يتكرر
الاستيفاء وقوله وكذا اذا اشترى معطوف على قوله وكذا لو استوفى وقوله لانه اي لان كل واحد من
الشرى والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا او قيمته ان هلك في
يده قبل الرد وقوله لانه بمعنى البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل
تبرأ بالحوالة عما عليه فكما ينبغي ان يكون بمعنى الابراء فيهلك امانة ووجه ذكر ما اشار
اليه ان الحوالة ان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط لانه يزول به اي بعقد الحوالة
الى آخره وقوله لانه يعني المحال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل بقضاء الدين وقوله وكذا لو تصادقا
على ان لا دين ثم هلك الرهن اختيار بعض المشايخ اختاره المص وسهم من مال اذا كان بعد هلاك
الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا
فاما اذا كان قبله هلك امانة لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون
الدين ووجه مختار المص ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيام بعض بعد التصادق على
عدمه لجواز ان يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن يتحقق
بتوهم الوجوب وقوله بخلاف الابراء راجع الى قوله وكذا لو استوفى ذكر لان من ثم الى ههنا يتعرض
على وجوب الاستحسان في صورة الابراء والاولى ان يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية والله اعلم

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقيب الرهن لان الرهن
لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة الانفس والمال وسيلة للنفس فكان مقدما عليها ومحاسن
اجزيتها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام
الا انه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حال بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد
يزول به الحيوة والثاني يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال
القتل على خمسة اوجه القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث خمسة
اوجه وذكر لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هذه الآية المذكورة
وقال صاحب النهاية لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما
ان كان به قصد القتل او لا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطاء وان لم يكن بسلاح فلا يخلو
اما ان كان معه قصد التاديب والضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان
كان جاريا مجرى الخطاء او لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار

الانحصار يعرف تفسير كل واحد منها وضعفه وركاكة ظاهر ان وقوله او ما اجرى مجرى
السلاح يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب ولبطة القصب وهو قشره وقد تقدم اي في
الرماح وقوله وقد نطق به غير واحد من السنة منها ما قال عليه السلام في خطبته بعرفات
الا ان دماءكم واموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا ومنها قوله
عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرء مسلم وقوله والقود يعني القصاص معطوف
على قوله الماثم اي موجب القتل العمد الماثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم
القصاص في القتلى وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطاء لكنه تقيد بوصف العمدية
بقوله عليه السلام اي موجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها اي العمدية تتكامل وقوله
لا شرع لها دون ذلك اي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير حجته ان العمدية
تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقوله العقوبة المتناهية
حجة للمزني وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك
ظاهر وقوله ثم هو يعني القود وقوله وهذا لانه تعين مدفعا للهلاك يعني
لان القاتل لو الامتناع من اداء الدية بعدما استحقت لنفسه قصاصا يسفه ويلقي نفسه
في التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعا ولنا ان ما تلونا من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في
القتلى ووجه التمسك به ان الله تعالى ذكر في الخطاء الدية فتعين ان يكون القصاص المذكور فيها
هو عند الخطاء وهو العمد وما تعين بالعمد لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على النص بالرأي ووجه
التمسك بالسنة ان الالف واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا معهود ينصرف اليه فيفيد تخصيص
على ان حكم جنس العمد ذكر فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص اشار ابن عباس رضي الله عنهما في
قوله العمد قود لا مال فيه الى ذكر ووجه المعقول ان المال لا يصلح موجبا في القتل العمد لعدم المماثلة
لان الادمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فما في بمماثلة فلا يصلح موجبا
للتماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين
فان قيل كيف يصلح موجبا في الخطاء والغايت فيه مثل الغايت في العمد اجاب بقوله وفي
الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر
الدم لو لم يجب المال والادمي مكرم لا يجوز اهدار دمه على ان ذكر ثابت بالنص على خلاف القياس
والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله ولا يتعين به اي بعدم قصد الولي
جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز ان يأخذ الولي المال من القاتل
ثم قتله قيل هذا الوهم موجود فيما اخذ المال صلحا وتعديا فاجيب بان في الصلح
والقتل بعده ظاهر العدم وهو رضي بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين
احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام و

وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان
لمعنى النظر للولي وذكر بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض
الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام
وتشفي الصدور فان شرع زجرا على ما كان عليه اهل الجاهلية من الفناء قبيلة بواحد لانهم كانوا
يأخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه واحتاله ما رضي
به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت
ان الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل ان يعفو احد الاولياء فانه تعذر
الاستيفاء حينئذ او ان يكون محل القصاص ناقصا بان يكون يد قاطع اليد اقل اصبعا واحتال
ذكره وقوله ولا كفارة فيه عندنا اي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص او لم يجب كما لو
واذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطاء
لانها لستر الذنب والذنب في العمد اعظم ولنا ان كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه
معنى العبادة والكفارة فيها وذكره موضعه اصول الفقه وقوله ولان الكفارة جواب عن قياس الشافعي
وهو واضح فان قيل يجب ان القياس لا يصح فلا يلحق ولا لة لانهما مثلان في الناط والجنس ولا
معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطاء فالجواب ان الحاقه بمعنوية
فان ذنب العمد مما لا يشتري بها لعدم صلاحيته لغليظتها كما مر فانه قال قد دل الدليل على
عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث وابلة بن الاسقع اتينا رسول الله بصاحب لنا
قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو عضوا منه من النار
وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم الجواز ان يكون المستوجب بشبه العمد
كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء يقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور
بعضه وهو خلف قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل
فقال ابو حنيفة هو ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا
كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار او لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو ان يتعمد الضرب
بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في الضربات فاما اذا والى فيها فقتل
فشبه عمد عندهما وقيل عمد محض فالاسم هذا النوع شبه عمد لاستعمال انما يتصور في استعمال
آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعماله غير القتل كالتاديب ونحوه لا
في استعماله آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل ولابي حنيفة قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل رواه
النعمان بن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال ان عليه السلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا

مطلق شبه عمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الصغيرة و
الكبيرة تساويتا في كونهما غير موضوعين للقتل وللاستعمالين اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من
المقصود قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساويتا والقتل بالعصا الصغيرة
شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله وموجب ذكر اي موجب شبه العمد على القولين يعني
قول ابي حنيفة وقولهما الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب على ما مر من تفسيره والكفارة
لشبهه بالخطاء والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا
لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة احترز بقوله لا لمعنى يحدث من بعد عما نصا لحوا فيه على
الدية وعن قتل الوالد ولده وعن اقرار القاتل بالقتل خطاء وقد كان قتله عمدا فان في هذه
الصورة تجب الدية على القاتل في ماله وقول القضية عمر يعني ما روي عنه رضي الله عنه انه تعقل الدية
على العاقلة في ثلث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه مما لا يعرف
بالراي قوله فالحجة عليه كالسلفنا قيل اراد قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل
السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المص في مثله ان يقول ما روينا والحق ان يقال انما
قال اسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال والخطاء على نوعين اخص الخطاء
في نوعين لان الرمي الى شخص مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي فان
اتصل الخطاء بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله لما بينا اشارة الى قوله وتجب
في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه ولا اثم فيه في الوجهين اي النوعين لقوله عليه السلام رفع
عن امتي الخطاء الحديث ويحرم عن الميراث لان فيه دليل وجوب الكفارة والحرمان يجب
من انواع القتل فيما هو جناية قتل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال الى
الميراث وهذا الذكر لاحتمال انه قصده الا انه اظهر الخطاء من نفسه وقد ذكرنا ذكره في شرح
الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض مستوفى بتاييد الله تعالى وقوله بخلاف ما اذا تعمد متصل
بقوله وموجب ذكر الكفارة والدية وصورته ذكر رجل تعمد ان يضرب يد رجل فاخطاء
فاصاب عنقه فقتله فهو عمد في القود ولو اراد يد رجل فاصاب عنق غيره وابانه فهو خطاء
وما اجرى مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد
ولا بالخطاء في الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه مات بفعله وقوله لان الشرع انزله
قاتلا يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم
منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما الحق به في الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن
الهدر فيبقى في حق غيره على الاصل فان قيل الحاق غير ملكه باثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان
به كما ذكرتم في الخطاء اجاب بقوله وهو ان كان باثم بالحق في غير ملكه يعني ان الاثم الحاصل بالقتل يصح
تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثم الحق لا الموت وقوله وما يكون شبه عمد في النفس

وقوله

لا قصاص يعني عمدية والا لكان عمدا واقتصاصا

فهو عمد فيما سواها يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد اعتبارا بعمد وخطأ لان اتلاف النفس
يختلف باختلاف الآلة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه واما ما دونها
فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا يرى ان فقاء العين كما يقصد بالسكين يقصد
بالسوط والعصا الصغيرة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما فرغ من بيان اقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه
احتاج الى تفصيل ذكره في باب على حدة **قال** القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على
التابيد • هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وهو كل محقون الدم منه ان يستنكر قوله
على التابيد احترازا عن المستامن فان دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة
المنبئ عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن
ان الجناية تتكامل بها وفيه بحث من وجه الاول ان العفو مندوب اليه وذكر منافي وصف
القصاص بالوجوب والثاني ان حقن الدم على التابيد غير متصور لان اقصى ما يتصور منه ان
يكون المسلم في دار الاسلام وهو يرتد والعياذ بالله الثالث منقوض بمسلم قتل ابنه
المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التابيد لثبوت المساواة واذا قتل
المستامن مسلما وجب القصاص لا مساواة بينهما والجواب عن الاول ان المراد بالوجوب
ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو والعفو عن الثاني ان المراد بالحقن على
التابيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي الى داره اصل لا عارض
وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب بالشبهة الا توبة وعن الرابع بان التفاوت
الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف الكفر وقوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله عليه السلام العمد قود وذكر قول الشافعي ووجهه وهو واضح
وقوله او هي اي العصمة بالدين يعني عندنا او بالدار يعني عندنا والحر والعبد يستويان فيما يجري
القصاص بينهما فان قال جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر
وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص
ومعناه لا يصلح ذكرا مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس
كذلك وقوله والنص يخصص بالذكر جواب عما استدل به من المقابلة في الآية ووجهه ان ذكر
تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى و
لا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول وذكر ان ابن
عباس رضي الله عنهما روى ان قبيلتين من العرب تدعي احديهما فضلا على الاخرى اقتتلتا
فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا

بقتل النفس

منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد اجيب بان القصاص
في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء البيان فانه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة
بينهما في ذكر لان الرق ثابت في اجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد بالعصمة
وقد تساويا فيها على ما مر **قال** والمسلم والذمي فيه سواء • اختلف العلماء
في ثبوت القصاص للمسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب ابو حنيفة واصحابه الى
ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدل الاولون بما روى ابو جحيفة قال سألت عليا
رضي الله عنه هل عندكم من رسول سوى القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا
ان يعطي فهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير
ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه
وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم اسلم فانه يقتص منه بالاجماع
وبان الكفر مبيح لزمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة ولنا
ما روى محمد بن الحسن عن ابرهيم ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الذمة فرفع ذلك الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا احق من وفى بذمته ثم امر به فقتل وفي دلالته على المطلوب
جلاء لا يخفى وروي بان مداره على ابن البيلماني وهو ضعيف قال صالح محمد الحافظ البيلماني
حديثه منكر روى عنه ربيعة ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر و
قال الدارقطني ابن البيلماني لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا ارسل والجواب ان الطعن
بالارسال والطعن المبهم من ائمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول ولان القصاص
يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عندنا او الدار يعني عندنا فثبت
وقوله والمبيح كفر المحارب جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره انا لا نسلم ان مطلق
الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية
وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا
يورث الشبهة اذ لو ورثها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين فان قيل يورث
الشبهة اذا قتل مسلم ظنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص •
وقوله والمراد بما روى جواب عما استدل به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره
الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو جحيفة عن علي لم يكن مفردا اذ لو كان مفردا
لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المص بقوله لسياقه
ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك ان عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما
في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان يقتل ذو عهد من عهده وان قتل مسلما وليس بمعاهد
بالاجماع فيتعدد ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه

والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيتقدر بكافر حربي وان
لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذكر الا لكان ذكر الحر والاعم لا دلالة له على الاخص
بوجه من الوجوه فافرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل
المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتالهم واجب فالجواب من وجهين احدهما المسلم دخل
دارهم بامان فقتله كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه ~~وثانيهما~~ ان يقتل من لا يحل قتله من
اهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معادك الا آراء لا طائل تحت تطويلها
عليه يقتصر على ما ذكرنا وقوله ولا يقتل يعني المسلم بالمستامن لانه غير محقون الدم على التابيد
كما تقدم في اول الباب ولان كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع الى دار الحرب
كالحربي ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا انه ليس بمحقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة
الى قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود في مثله لما روينا ولا ما قدر
ذكر بكافر حربي الا ان اريد منه كافر بالحربي اعم من ان يكون مستامنا او محاربا وهو الحق
وتغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير
المذكور ليس بمروي وانما هو تاويل فلم يقل لما روينا وقوله عمومات يعني الآيات الدالة بعمومها
على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله ولان في اعتبار التفاوت الى اخره يصلح لجميع ما
خالفنا فيه الشافعي قال ولا يقتل الرجل بابنه لا يقتل الانسان بولده لقوله عليه
السلام لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معدل ظهر اثره
في جنس الحكم المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجد في صف الاعداء مقاتلا او وجده
زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجد مطلقا والى الام والجدات كذلك
فانهم اسباب لاحيائه فله يجوز ان يكون سببا لافنائهم وقوله والقصاص يستحق
المقتول جواب عما يقال الوارث يستحق افناء الولد ولا يجوز فيه ولو قال نحن الحال ان
ان يتسبب لفنائه لا يستغني عن هذا السؤال والجواب وقال مالك ان ذبحه بغاية لا تنفي
شبهة الخطاء من كل وجه بخلاف ما اذا بسيف او سكين فان فيه توهم التاديب لان
شفقة الابوة تمنع عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المص وهو باطلاقه حجة على مالك
وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى ببنته وهو محصن فانه يرجم اجيب بان الرجم حق الله تعالى
على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق المالك يقول لعم
انت ومالك لا يبكيك فصار شبهة في الدرء وقوله لما بينا اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه
وقوله ولا ولده بالرفع معطوف على الضمير المستكن في ويستوجب وجاز ذلك لوجود الفصل
لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على ابيه اذا قتل الاب عبده ولده وقوله ومن ورث
قصاصا على ابيه يعني مثل ان يقتل الرجل ام ابنه مثلا وقوله ولا يستوفي القصاص الا بالسيف

ولا اذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذكر ولا لكان ذكر الاعم

وماه

بالسيف يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف قال الشافعي ينظر ان
كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك
المدة فان مات في الآخر رقبتم وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتل او لاط
بصغير فقتل يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذكر وذكر فيما ذكرنا لان فيه مساواة
في الاصل والوصف اي الفعل والمقصود به ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي
استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا فان قيل يحتمل ان يكون المراد لا قود يجب
الا بالسيف اجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل
عليه مجاز باعتبار ما يؤول اليه وهذا مختار صاحب الاسرار وفخر الاسلام قدره بلا قود
يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه
في التقرير وقوله ولان فيما ذهب دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص
على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود
بمثل ما فعل لان فيه الجر بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لما فيه في انتفاء القصاص فيجب
التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز
ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلان يجوز ترك البعض اولى **قال** واذا قتل المكاتب
عمدا وليس له وارث الا المولى واذا قتل المكاتب عمدا فله يخلو اما ان يترك وفاء او لم يترك
فان كان الاول فله يخلو اما ان يكون له وارث غير المولى او لا فان كان له فللولي القصاص عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا واستدل بما ذكره الكتاب وكانه حام
حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين الى اخره وهو في الحقيقة لفي اعتبار هذه
الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص واحد وحكمهما لم يختلفا
صارا كسبب واحد حكمه واحد واما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى او اختلف حكمهما
كالمسئلة المستشهد بها فيمكن ان يكون معتبرة وان كان الاول فله قصاص وان اجتمعوا الوجوه
كلها بناء على ما ذكر لان الصحابة اختلفوا في موته على نعت الحرية او الرق فانه على قول علي وابن
مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا ادى كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن
ثابت يموت عبدا فيكون الاستيفاء القصاص للمولى بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان كان الله
وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء واضح كما ذكره ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث
له او له ورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب وقوله بخلاف
معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء يعني لا يجب القصاص لان مالك المولى لا يعود بموته ولا
ينفسخ بالعجز بخلاف منه وقوله واذا قتل ولي المقتول يعني ابنه فلا بد منه وهو جد المقتول
للاستيفاء لانه من باب الولاية على النفس شرع للاجر راجع اليها اي الى النفس وهو تشفي الصدر

فيليه كالانكاح ولا يتوهم ان كل من يملك الانكاح يملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح
دون القصاص لانه شرع للتشفي وللاب شفعة كاملة بعد ضرب الولد من نفسه فجعل ما
يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله اي لولي المقتول ان يصالح لكن على
قدر الدية فان لقص يجب كمال الدية لانه انظر في حق المقتول وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
لانه من الولاية على النفس وقوله لانه ليس له ولاية على نفسه اي نفس المقتول وهذا الى الاستيفاء من
قبله ويندرج تحت هذا الاطلاق يريد قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك وقوله ان
الوصي لا يملك الصلح يعني عن النفس واما عما دونها فيملك وقوله وانه اي المال يجب بعقد
اي بعقد الوصي قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فاذا كان في اولياء القتيل صغار
وكبار فاما ان يكون فيهم الاب او لا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا بالاتفاق وان لم يكن
فكذلك عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر ووجه
ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال
وعدمه فان في الغايب موهوم كالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يوس
حال الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى
وهو القرابة يثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط
القصاص بعفو احدهما كما لو قتل القتيل وهو احد الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء
قصاص قتيله لا محالة واجيب بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال
فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثم متعدد
فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره وقوله وسيأتي المولين ممنوعة جواب عن
قوله او كان بين المولين وسند منعه ما ذكر الاسرار والرواية في عبد اعتقه رجلان ثم
او قتل وله مولايان فيجوز ان يقال لا نسلم ان احدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فاحد
المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض المكر وبعض الولاء ليس
بسبب اصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وقوله ومن ضرب
رجلا بمدر الى آخره واضح وكذا قوله ومن غرق صبيا وكما بينا اشارة الى ما يفعل به كما فعل ان
كان فعله مشروعا وقوله لهما اي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي بالحديث
واستدلالهما بالمعقول وقوله ولا مرآة في العصمة اي لا شك فيها وقوله ومنه المقصة للجلدين
الجلم الذي يجز به وهما جلدان وقوله وما رواه غير مرفوع لانه يلزم على قول التحريق بالتحريق
وهو منهي عنه قال صلى الله عليه لا تعذبوا احدا بعذاب الله او هو محمول على السياسة وقد اومأت
اليه اي الى كونه محمولا على السياسة اضافة الى نفسه حيث قال غرقناه ولم يقل غرق وقوله
وقوله واختلف في واختلاف في الروايتين مرفوع وقوله في الكفارة خبره يعني ان اختلاف في الروايتين

في الابتداء

الروايتين عن ابي حنيفة انما كان في الكفارة فانه روي عنه انه لا كفارة في شبه العمد وروى
الطحاوي ان فيه الكفارة عنده واما الدية فانها واجبة عنده من غير رد وقوله لوجود السبب
يعني بسنكردم يحقون على التابيد عمدا او عدم ما يبطل حكمه يعني من عفو او شبهه وقوله
واذا التقى الصفان ظاهر وقوله احد نوعي الخطاء يريد به الخطاء في القصد وقوله وكذا
الدية منصوب عطفا على الكفارة وقوله على ما نطق به النص يريد به قوله تعالى ومن قتل
مؤمنا خطاء الآية وقوله ولما اختلف بسيوف المسلمين اي توالى روي عن سيوف
المسلمين توالت على اليمان ابي حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق فقتلوه
على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية توهبها لهم حذيفة
وقوله ومن شج نفسه واضح وقوله وفعله بنفسه هدر في الدنيا يعني فلم يكن معتبرا
في حق الضمان لمكان الاستحالة والثاني في وقوله يغسل ويصلى عليه انه كون فعله
غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كانه مات حتف انفه بمرض من غير
فعله على نفسه وقوله ولا يصلى عليه لان جنايته على نفسه معتبرة نصا كالباغي
وقوله فلم يكن هدرا مطلقا متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي
ظاهر

فصل

لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص
الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد
وكلامه واضح وقوله الحل دمه اي اهدر وقوله والمعنى اي ومعنى الوجوب دفع الضرر لان
الواجب هو دفع الشر على اي وجه كان لا عين القتل وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكر
من الحديث والمعقول وقوله وعلى هذا الخلاف في الصبي والدابة يعني اذا صالا على انسان
فقتلاه المصول عليه هدرا يضمن الدية والقيمة وقوله كما شبه المكره يعني ان المكره لما صار مسلوب
الاختيار من جهة المكره واضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه كما شبه
المكره يعني على المكره فيقتل وقوله قاتل دون ما تكره اي لاجل ما تكره وقوله فكذا استردادا
في الانتهاء لانه اسهل من الابتداء

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس اتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو
القصاص في الاطراف وكلامه واضح وقوله ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهو
البطش لا يختلف ولا يرد الشجة الموضحة اذا اخذت ما بين قرني المشجوج ولم يأخذ من
الشاج لكبر رأسه فان الكبر تواعب وخير المشجوج بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين اخذ
ارش الموضحة لان المعتبر في ذلك الشين وبالاقتصاص بمقدار ما تقل شين الشاج وبأخذ ما بين
قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه
معنى وهو بمقدار شجته ويترك الصورة وان شاء اخذ ارشها وقوله على ما قال في الكتاب يعني

ولكن في رعاية المماثلة يستوفيه بالاستيفاء وقد تعذر الاستيفاء له الى خلاف جنس ما له البيان

القدوري وهو ما نقل عن الصحابة رضي الله عنهم روي ان هذا حدث في زمان عثمان فسأل
عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي رضي الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله
عنه كان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقوله لما قلنا اشارة الى قوله والجروح قصاص
وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو اشارة الى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله ولا قصاص في عظم
الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما فان كان السن عظما كالسنخ
متصل ولا بد من فرق بينهما وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد
بالمبرد بقدر ما كسر منها او الى اصلها ان قلعها ولا يقلع لتعذر المماثلة فربما تفسد به
اثاثه كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم
حيث لم يستثن السن كالسنخ منقطع وقد اختلف الاطباء في ذكر فمنهم من قال هو
طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكما
وقع عند المص انه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله وليس فيما دون النفس شبه عمد
قد ذكره مرة لكنه ذكر هنا كانه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن
القصاص وذكر لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس وامكن القصاص جعل عمدا روي ان
الربيع عمة انس بن مالك كسرت ثنية جارية من الانصار باللطمة فامر النبي صلى الله عليه
وسلم بالقصاص واللطمة اذا كانت على النفس لا يوجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطأ
وجب الارش وقوله ولا قصاص بين الرجل والمرأة ظاهر وقوله الا في الحر يقطع طرف العبد يعني
لا يجب القصاص فيه عنده ايضا والشافعي يقول انه اخذ بقول ابن ابي ليلى وسكما في الباب طريقا
سهلا وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء
في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يستكثر بها مستكثر الاموال
فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة وهو اي التفاوت معلوم قطعا بتقويم الشرع فان
الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة يد العبد الى
ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا يكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت
معلوما قطعا امكن اعتباره في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله فان قيل ان استقام
في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين اجيب
بان التساوي انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة
في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وانه
يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة
وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يستكثر بها مستكثر الاموال
لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشكر ليس منه

ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لا من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما يستكثر
بها مستكثر الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر
من جهة الاكمل لئلا يلزم ان يكون بدلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لان اسقاط
الاسقاط جائز دون البذل بالاطراف والباقي ظاهر تأمل ومن قطع يد رجل من نصف الساعد
كلام واضح وقوله لانه حقه متعين في القصاص لانه لو زال الشكر قيل ان يستوفي الارش لم يكن
له القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي ان الواجب احد الشيئين اما القصاص والارش فاذا
تعذر احدهما تعين الآخر وقوله ومن شج رجلا متفاوتا في التفاوت بينه وبين من
قطع يد رجل ويد القاطع اكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله وفي عكسه يخير ايضا وهو ان
يكون راس المشجوج اكبر من راس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان ازيد
في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول من الشين كان دون حقه فيخير بين القصاص
واخذ الارش والباقي الى اخره واضح

فصل

لما كان تصور الصلح بعد تصور
الجناية وموجبها اتبعه ذكره فصل على حدة اذا اصطلح على حدة اذا اصطلح القاتل و
اولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى عليه كان او
كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل انها نزلت في الصلح
وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو الموافق للام فان عفي اذا استعمل باللام كان معناه
البذل اي فمن اعطي من جهة اخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع اي فليتبع اعطى وهو ولي
القتيل مطالبة بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان اكثر المفسرين على انها عفو
بعض الاولياء ويدل عليه شيء فانه يراد به البعض وتنكيره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين
وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو
الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فاتباع
بالمعروف فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص
ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان شاؤا قتلوا وان شاؤا
اخذوا الدية قال المص والمراد والله اعلم الاخذ بالتراضي على ما بيننا يعني ان ليس للولي العدول
الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله نصف مقدر بكسر الدال وقوله
كالخلع وغيره يعني كالاعتاق على مال وقوله خلافا لما ذكره الشافعي في الزوجين قال في النهاية
هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل من
المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على ان خلاف مالك في الدية خاصة وان الشافعي يقول النساء
لا تستوفي القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين
في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو ما اخذ

ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله
لهما ان الوراثة خلافة تستلزم عدم توريث احد الزوجين من الآخر شيئا وهو باطل ويمكن
يحمل على ان معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا بالسبب لانقطاع
الموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه لا دم بالقتل والعقل اما الاول
فحديث امرأة اشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتب واما الثاني فلانهما موروثان
كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت
ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يستند الى السبب وهو الجرح فكان كسائر الاموال في
ثبوتها قبل الموت الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله وقلت ديته منها وتقضى منه ديونه
وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من احرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل
منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله لان الواجب نصف الدية يعني بالعفو
فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقلنا الواجب
بعض بدل الدم لا بدل الجزء كما هو مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه كالمال المؤجل الى ثلث سنين فان
كل درهم منها كذلك وقوله والواجب في اليد جواب اعتبار وهو واضح واذا قتل جماعة واحدا اذا تعمدوا
القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روي ان سبعة من اهل
صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم و
التمالؤ التعاون وصنعاء اليمن قصبتها وروي عن علي رضي الله عنه انه قتل ثلثة بواحد وعن ابن
عباس رضي الله عنه انه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة متوافرة ولم ينكر عليهم احد فحل محل الاجماع
ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع
لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب قوعه من الفساد يوجب مزجرة فيجب القصاص
تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن ان يجمع عليه امثاله ويقتل لعله ان لا
قصاص فيؤدي الى سد باب القصاص ولقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا
على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المنفي لعدمه المؤيد بقوله
تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المرتبة على ما يوجب الفساد
من افعال العباد ويربو على ذلك بقوة اثره الباطن وهو ايضا حكمة الاحياء وقوله ان النفس
بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس
وحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكره في الكتاب وقال الشافعي يقتل بالاول منهم
ويجب المال لسائرهم يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة او جهل الاول قتل لهم
وقسم الديات بينهم او يقرع وقوله وهو القياس في الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا
الا انا خرجنا بالشرع يريد قصة عمر رضي الله عنه ولنا ان كل واحد منهم اي من اولياء القتيل قاتل قصاصا

قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزى اصله الفصل الاول فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا
ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس
كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما تكون من الجانبين وقوله ولانه وجد من كل واحد منهم
جرح يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو
انفرد عن الباقين كان قاتلا نصفه الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة
اليها اما ان يضاف اليها او كلها والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا جلد كل
منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حتموا ولان القصاص شرع مع المنافي وهو قوله
عليه السلام الا في بيان الرب لتحقق الاحياء وتحقيق الاحياء قد حصل بقتل الجماعة
فاكتفي به ولا شيء لهم غير ذلك وقوله ومن وجب عليه القصاص ظاهر قال واذا قطع رجلان
يد رجل عمدا تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدده في النفس عندنا فاذا قطعا يده فله قصاص
اصله وقال الشافعي ان وضع احدهما السكين من جانب والآخر من آخر وامراه حتى انفذ السكينان
فالحكم ذلك لان كل منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان اخذا سكينا وامرّاها على
يده حتى انقطعت قطعت يدهما اعتبارا بالانفس اما كونها تابعة لها واما ان يجمع بينهما
بجامع الزجر ولنا ان كل منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا او مختلفا لانا نعلم ان
ما انقطع ان القطع بفعل احدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قطعا
لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن ان يجعل
كل واحد فاعلا لكل في النفس فان الازهاق لا يتجزى وقد مر والباقي ظاهر وقوله و
ان قطع واحد يمينا رجلين قيد بذلك لانه لو قطع يمين احدهما ويسار الآخر قطعت يداه
لا يقال تنتفي المماثلة حينئذ لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وما فوتاه
عليه لان المعتبر في حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة فلا زيادة
على حقه وقوله والقصاص مذكر الفعل ثبت مع المنافي يعني لان من عليه القصاص جزاء جواب
عن قوله لان البدل استحقها الاول وتقريره ان القصاص مذكر الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا
يتعدى الى شغل المحل الخالي بحريته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت
حقه في الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله ولترو وحق الآخر يعني ان حق الحاضر
ثابت في اليد ومزاحمة الآخر له في الآخر له في الاستيفاء موهومة عسى ان يعفو اولا
يحضر فله يؤخر المعلوم للموهوم كما هذا الشفيعين اذا اوحى الشفعة والآخر غائب
يقضى بالجميع له لذلك وقوله لانه اوفى به حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالارش وقوله
واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وانما قيد بالعمد لانه لو اقر بالخطأ لا يجوز سواء كان
ماذونا او محجورا اما المحجور فظاهر واما الماذون فلانه ليس من التجارة وقوله حق

لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى
على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار كوقوعه بالايقاع و
اذا اقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقتل الفعل يتعدد ويتعدد الاثر قيل فان الرمي
اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره
سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطاء وفيه نظر لان
ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان
يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى ان يقال معناه ان الفعل يوصف بوصفين
متضادين بالنسبة الى امرين كالحركة مثلا فانه يجوز ان توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة و
بالبطوء بالنسبة الى اخرى فكذلك هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى
الشخص الاول وبالخطاء نظرا الى عدم القصد بالنسبة الى الثاني ولقائل ان يقول الخطاء يستلزم اما
حقا يكون سببا للكفارة او هو لا يكون الا امرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد و
الجواب ان الخطاء هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شخص يظنه صيدا
فاذا هو انسان او يقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا فكالذي نحن فيه والرمي
بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك محال لا محالة وانما قلنا مطلقا ليخرج من
قصد قطع يد رجل بسيف فاصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل
وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية كما في ما اذا قصد ذلك فاصاب رقبة غيره
فجزها او رمى الى شخص فاصاب غيره فمات فان ذلك خطاء لان قطع يد رجل او قتله لا يكون
قتلا لغيره فكان مخالفا له من كل وجه **فصل** ذكر حكم الفعلين عقيب فعل
واحد في فصل على حدة رعاية للتناسب ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله عمدا القطع والقتل
اذا حصلا في شخص واحد كان على وجوه اما ان يكونا القطع خطاء والقتل عمدا او بالعكس فذلك
بالقسمة العقلية اربعة ثم لكل واحد منها اما ان يكون قبل البرء او بعده فتلك ثمانية اوجه
وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كانا من شخصين
يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص واخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون
عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد واجب فايجاب موجب الفعلين او احدهما
مبني على اصل ذكره المص بقوله والاصل فيه ان الجمع يعني الاكتفاء بموجب احدهما واجب
ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة
وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول وتجعل الكل واحدا
الا ان لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا او موجبا او بتخلل البرء فحينئذ يعطى كل
واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع اصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون الفعل بعده

خطاءين او عمدين او يكون ع

بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما في
الصورتين الاوليين وان تجانسا خطاء جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو
تخلل البرء والا فلا في اكثر بدية واحدة وان تجانسا عمدا فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة
الولي بالخيار بين ان يقتص ثم يقتل وبين ان يقتل وما لا يقتل ولا يقطع وقول فان شاء
الامام قال اقطعوه قال شمس الائمة السرخسي يشير الى ان الخيار للامام عند ابي حنيفة وليس كذلك
بل الخيار للمولى فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم ان لهم الخيار وما لا الجمع
ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف
بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل
والقطع بالقطع وهو متعذر لتعلق القطع اذ ذاك عن الجزاء واما لان الجزء يقطع اضافة السراية
الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه كان
كتخلل البرء والاجمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما
اذا كانا خطاءين لان الموجب هو الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة وقوله
ولان ارش اليد دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطاءين وتقريره ارش اليد انما يجب
عند استحكام اثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالجزء القاطع
للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الجزء
وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشتمل عليها والتكرار فيها غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل
قصاص اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل
والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما يتحقق
باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل العشرة
بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه واما الخطاء فمبناه على التخفيف
الا يرى ان الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا **قال**
ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ ومن ضرب رجلا سبعين سوطا في مكان وعشرة في
مكان فبرئ من سبعين وسرى موضع العشرة فمات منه فعليه دية واحدة لما ذكرنا في الكتاب وقوله
وكذا كل جراحة اندملت يعني مثل ان كانت شجة والتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة
لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على اصل ابي حنيفة وعن ابي
يوسف في مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيره في آخر فصل الشجاج وعن محمد انه يجب اجرة
الطبيب وان ضرب مائة سوط وجرحه وبقي لها اثر يجب له حكومة عدل دون الارش
لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس
بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى انه ان لم يخرج في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان

فيجتمع بدل

جرح واندمل ولم يبق لها اثر فكذلك كما هو اصل ابي حنيفة لانه لم يكن الا بحق الالم وهو لا يوجب
شيئا كما لو ضربه ضربا مؤلما وشل منه المسلك مع هذا الاختلاف في ليلها ثانيا قبل فصل الجنين
وقوله ومن قطع يد رجل اعلم ان العفو عن القطع او الشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منهم عند
ابي حنيفة بعد خلافا لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفى المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية
في ماله عنده وقالا لا شيء عليه لان العفو عن القطع عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور
العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه اما القطع او القتل اذا اقتصر او سرى فكان
العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما
يحدث منه حتى اذا قال شخص لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن
اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء وصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول السارية و
المقتصرة فكذا هذا ولابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد
تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل لا محالة
وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا
يكون معتبرا الا يرى ان الوالي لو قال بعد السراية عفوت عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني
عليه عفوت عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن اليد ثم سرى واذا لم
يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا انا تركناه
لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية وقوله ولا نسلم ان السارى
نوع من القطع جواب عن قولهما فيكون عفوا عن نوعه وفيه نظر فانه منع كون السراية
صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح منع ذلك والجواب ان المراد صفة
منوعة وهو ليست كذلك بل هي خارجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله بل السارى
قتل من الابتداء اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزهق للروح
ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا
جواب عن قوله او القتل اذا سرى يريد ان القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه
قطعا لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب اصلا انما الثابت موجب
القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح
العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله بخلاف
العفو عن الجناية ظاهر وقوله في هذه الوجوه وهو العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع
وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية وفاقا وهو في موضعين في ضمن احدهما
ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني
العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية ايضا وخلافا وهو ايضا في موضعين احدهما ان العفو عن

عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند ابي حنيفة يكون عفوا عن
ارش اليد لا غير والثاني ان العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عنده وعندهما على ارش
الشجة لا غير آه ان اي اعلم بذكر الطلاق اي الطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع
يد رجل فعفى المقطوع عنه يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بان قوله
انما هو لاحد نوعيه وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القاتل عمدا او قوله كما لو
اوصى باعارة ارضه يعني اذا تبرع بمنافع ارضه في حرضه بالعادية وانتفع بها المستعير
ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست باموال وفيه بحث من اوجه الاول ان
القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني ان الوصية باعارة ارضه
باطلة وان صحت فحكمه التهاني يسكن الموصى له يوما والورثة يومين ان لم تحتمل القسمة وان
قبلها يتقرر الثلث للموصى له والثالث ان المنافع اموال فكيف صارت نظيرا لما ليس بمال
والجواب عن الاول ان المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا ثانيا فبينهما لان حق الورثة
انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت
فيه تعلق حقهم الا بعد الموت لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدعهم ورثتك
اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم
بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به تصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس و
القصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذوي نسب الميت المحقق او
الحكمي او نكاح او ولاية حقيقة او حكما في ماله او حق قابل لها بعد موته وقد فسرنا في شرح
الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا يختص في المال بل اذا كان قابلا للخلافة يصح ان يكون
موروثا ولا شك في قبولية القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بان المراد من قوله اوصى
تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز ان يستعار لمطلقه وعن الثالث
ان المنافع اموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله فيعتبر من الثلث فيه اشكال و
هو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من القاتلة والوصية للقاتل باطلة فيجب
ان لا يصح في حصته واجيب بان المجروح لم يقل اوصيت لكم بثلث الدية وانما عفى عنه المال
بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه الا يرى انه لو وهب له شيئا وسلم
جاز قال واذا قطعت المرأة يد رجل اذا قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على يده
فاما ان يقتصر او يسرى فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم
مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا او خطأ وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث
منه لانه لما برئ تبين ان موجبه الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين
الرجل والمرأة والارش يحصل صداقا وان كان الثاني وايه اشار بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع

فعلى القاطع الدية في ماله بدل على ان على القاتل الدية على العاقلة و اجيب بان الوصية مطلق الاعانة والجواب

موت

خطاء او عمدًا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك
والدية في مالها عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوًا عما يحدث منه عنده فالتزوج
على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غيرا عليها عما يحدث منه ثم القطع
اذا كان عمدًا كان تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرًا لا سيما على تقدير
سقوط القصاص فاذا لم يصلح مهرًا على تقدير ثبوته لا يثبت على تقدير سقوطه بطريق الاولى
والقصاص يسقط ههنا اما بقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما
باعتبار تعذر الاستيفاء فاذا لما جعل القصاص مهرًا جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن
استيفاء القصاص عن نفسها فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش خمسمائة
دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسمائة
الاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولا بدلها مهرًا يجب مهر المثل وعليها الدية
في مالها فان قيل قبولها التزوج يتضمن العفو والمعفو لا يضمن فلا يجب عليها الدية اشار
الى الجواب بقوله لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن فيما نحن فيه يتضمن العفو عن القصاص
في الطرف واذا تبين انه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية في مالها لانه عمد والعاقلة لا
تتحمل العمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد واذا وجب
لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا وان لم يتساويا رد من عليه الفضل على من له
ذلك واذا كان القطع خطاء كان التزوج على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه الارش
لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاضان لان
الدية على العاقلة في الخطاء والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التناقض اتحادهما
وقوله ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها وقوله لا شيء عليها اي لا دية ولا قصاص وقوله لا يرفع
عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر المثل وقوله ولهم اي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام
الدية تكون وصية وقوله فاتفق جوابهما في الفصلين يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع
خطاء وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف و
المتفق والا فالفصول ثمانية ومن قطعت يده فاقتص له من اليد كلامه واضح ولم يذكر ما اذا
مات المقتص منه من القطع وحكم الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لا شيء عليه على ما سيجيء وقوله ومن قتل وليه عمدًا صورته ظاهرة وكذلك
دليلها واما دليل ابي حنيفة فيحتاج الى كلام فنقول انه كالمتوفي غير حقه لان حقه في القتل وهذا
قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل
فقطع الولي يده ثم رجعا ضمنا اليد وانما يضمنان ما اتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان
القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه احد وليس اصل المسئلة ذكر وانما هي بناء على

على انهما اوجبا له قتل النفس وذكر براءة القاطع عن الضمان فضمنا لايجاب البراءة
له بعد علة الضمان تضادا كما لو شهدا على رجل انه ابراء غريمه عن الدين ثم رجعا وقوله وانما لا
يجب المال في الحال جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب ان يضمن في الحال وقوله وبترك
القصاص في النفس ضروري جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعني انه لما كان ترك القصاص
ضروريا لثبوته مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلث وهي استيفاء
النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصودًا غيرها
فيكون تصرفا فيه في غير موضع الضرورة لا حق له فيه فيجب الضمان وقوله فاما قبل ذلك يعني قبل التصرف
بهذه الاشياء الثلثة يريد به القطع فلم يظهر يعني ترك القصاص لعدم الضرورة وقوله بخلاف ما اذا
سرى جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله واما اذا لم يعف ما سرى جواب عن قولهما او ما عفى
وما سرى وقوله الصحيح انه على الخلاف يعني فلا يكون مستشهدا به وكذلك قوله هو الصحيح وقوله والاصابع
وان كانت تابعة جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفى وهو اختيار
بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق واما صاحب الاسرار فمنعه وقال لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع
بل يلزمها اذا لعفى عن الكف وقوله ومن له القصاص في الطرف اذا كلمة فاء واضح وقد اشرنا اليه من
وقوله فصار كالامام اي القاضي اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شيء عليه وقوله والمأمور بقطع
اليد كما اذا قال اقطع يدي فقطع فمات لا شيء على القاطع وقوله في مجرى العادة يعني ان الموت من
الجرح ليس على خلاف العادة وقوله لانه مكلف فيها اي في المسائل بالفعل اما تقلدًا كالامام
فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه ان يحكم او عمدًا كما في غير الامام من المسائل يعني التزاق
والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة
كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام اذ العفو مندوب اليه قال
الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق اي الاباحة كاشبه الاصطياد
ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا ولو طلب بالفرق بين هذا وبين المستاجر و
المستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد حربي او مرتد اسلم بعد القطع
فانه لا يجب على المستاجر والمستعير للركوب اذا انفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع
ضمان وههنا يجب اذا سرى واجيب بان في الثلثة الاول حصل سبب الهلاك فيستند الفعل
الى الاذن ولو اهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء فكذا اذا اذن بسبب الهلاك والاب اذا
قتل ابنه وجب عليه الدية فكذا ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما
قطع وسرى كان القطع قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء ووقع القتل قبل الصلح في مياه
الدم وذكر لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا بالانتهاء لانه مستند الى ابتداء القطع

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه ربما يجحده فيحتاج

منزلة القصاص الى اثباته بالبينة فيتبين الشهادة فيه في باب على حدة ومن قتل له ابنان
حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغايب فانه يعيد البينة عند
ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطاء لا يعيد بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على
آخر والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة
تستكر بعض العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذكر بعض العفو
المورث المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز اما من جهة المورث فلان القتل
لم يوجد بعد واما من جهة الوارث فلو توجه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان ان السبب
قد تحقق فصح من كل منهما كذلك واذا ظهر ذكر ظهر وجه قولهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة
كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه ان ينتصب احد الورثة خصما عن الباقين والحجة
لهما على ان طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان
النفس بالنفس فيكون المكتسب لمن له المكتسب المقبوض كما في الدية ولهذا انقلب مالا يكون للميت
تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه لابي حنيفة ان طريقه طريق الخلافة وهو ان يثبت لمن يخلف
ابتداء كالعبد اذا انتهب فانه يثبت المكتسب للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للمكتسب
كما ان الميت ليس من اهل القصاص مكتسب الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوارث هو ان
يثبت المكتسب للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله خلافه في الدين جواب عن قولهما كالدين لانه
اي الميت من اهل المكتسب في الاموال كما اذا انتهب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه و
اذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد الغايب
البينة بعد حضوره وهذا انسب للقواعد الفقهية فان الحل ثمة للشبهة فيه بحال وقوله
فان اقام القاتل البينة واضح وقوله لانهما يجران تعليل لقوله فبشهادتهما باطلة وتعليل
قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام المحبوبي لانهما زعما ان العفو قد سقط
وزعمهما معتبر في حقهما وقوله فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا تاتي في الاقسام
العقلية اذا اما ان يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا او يكذبهما او يصدقهما القاتل دون
المشهود عليه او بالعكس والمذكور في الكتاب اولا هو ان يصدقهما القاتل وهو وفيه الدية بينهم
اثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل واشار بقوله وهذا الى انهما لو صدقا ما ضمن القاتل للشاهدين
ثلثي الدية لا غير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للمشهود عليه لانه
بتصديق الشاهدين فيما شهدا اقرار بالعفو كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله وان كذبهما اي كذبهما
القاتل والمشهود عليه ايضا فلا شيء للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية لما ذكره في الكتاب وقوله
وان صدقهما المشهود عليه وحده يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لاقراره
بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يضرب ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمهم شيء

شيء لان دعواه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد
تكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية
لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثلث وانقلب نصيبه مالا والثلث لما
صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به
القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست
لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال وان شهد الشهود انه ضربه ضربة
المسيلة ظاهرة وقول اذا كان عمدا قول المص احترز به عن الخطاء ثم قال وتاويله اذا شهدوا
انه ضربه بشيء خارج لانه لو لم يكن كذلك لا يجب القود عند ابي حنيفة كما تقدم قبيل الشهود شهدوا
على الضرب بشيء خارج ولكن قد يكون خطاء فكيف يثبت القود واجيب بانهم لما شهدوا انه
ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه
وانما يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه واقول ليس بوارد
على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم على عبارة الجامع الصغير ولهذا
احترز عنه المص وقوله واذا اختلف شاهدا القتل ظاهر وقد تقدم في الشهادات ان اختلاف
الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم بها في النفوس اولى وقوله لان المطلق يغاير المقيد
فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعمد على العاقلة وقوله وان شهدوا انه
قتله واضح وقوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة فيه صفة التجنيس التام كما في قوله
تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني
بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان
يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون لعدم الواسطة بين
الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب ان تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع
القضاء بها لاختلاف موجب السيف والقضاء وان كذبوا انكذا لكن لانهم صادقون
ووجه ذلك انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسبة
الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم وهذا اعتنوا عند الله تعالى لما جاء
في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فيشاكذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم
وهو معنى قوله واو لو اكذبهم ظاهرا ورد باطلة اي يتجوزنا الكذب وقوله وهذا في معناه اي
ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه ههنا كما ان
ان الاصلاح مندوب اليه هناك فكان ورود الحديث هناك ورودا
ههنا وقوله فلا يثبت الا اختلاف الشكر يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واجاهلوا واحتمال
ان لا يكونوا كذلك وقع الشكر الاختلاف لا يثبت بالشكر وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل

هناك بدله

العمد فلا يلزم العاقلة وقوله واذا اقر الرجلان سئلتا ان مبناهما على ان تكذيب المقر له
المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من اقر بالف درهم وصدقه المقر له في
النصف وكذبه في النصف صح الاقرار فيما صدقه وتكذيب الشاهد له الشاهد في بعض ما
شهد به يبطل شهادته اصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول فلا فسق المقر
وقيد بقوله في بعض ما اقر به لانه اذا كذبه في كل ما اقر به بطل الاقرار لانه رد الاقرار وعلى
هذا لو قال المقر له بدل قوله قلتماه صدقتما لم يكن له ان يقبل واحدا منهما لان معنى قوله
صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه انت قلت وحدك وفي ذكر تكذيب الآخر
في الجميع وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذوي ها ذكر بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به ومن رمى مسلما
فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لو رفع المرتد عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه وذكر ابراء الضامن لان من اخرج المتقوم
عن التقوم اسقط حقه كالمغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار متبرعا للغاصب
عن الضمان باسقاط حقه فصار به متبرعا كما اذا ابراه اي الرامي عن الجناية او حقه بعد
الجرح اي انعقاد سببه وهو الرمي قبل ان يصيبه السهم ولابي حنيفة ان الضمان يجب
بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده وما هو كذكر فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب
فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ويستوي اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى
صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم اصاب فان رده بعد الرمي لا يحرم لان فعله
ذكوة شرعا وتقوم موجبا للحل بشرط وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ
فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح ومنه العبادة انسب مما قال المصنف حتى جاز
بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل اذا كان ما ذكر تم
صحيحا يجب تقديمه والفعل عمد فالواجب القصاص اجاب بقوله والفعل وان كان عمدا
فالقود يسقط بالشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة ووجبت الدية اي في ماله
ولو كانت المسألة بالعكس فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم ثم و
قع به السهم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا
بصيرورته متقوما بعد ذلك ونوقض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم اصابه السهم
فمات وجب الجزاء على الرامي واجيب بان جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل بحيث لا له
الحرم واشاراته وهذا لا يكون اقل من ذكر وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم
فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال محمد هو انه فضل ما بين قيمته مرميا
الى غير مرمي حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه مائتا درهم لان العتق

في الحل بدل

لان العتق قاطع للسراية لاشتباهه من الحق ان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال
الاصابة العبد حرية فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد او جرحه ثم اعتقه المولى
ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة وانما يضمن
النقصان واذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة
الى ما قبل الرمي فيجب ذلك اي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي ولهما انه يصير قاتلا الى آخر ما
في الكتاب وهو ظاهر على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف يحتاج الى الفرق بين من رمى مسلما
فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر منه حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو ان المرمي
اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما والجاز يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي واما
الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر
وقت الرمي الا في صورة الارتداد وقوله بخلاف القطع والجرح جواب عما ذكرنا محمد من صورة
الجرح والقطع لمستشهدا على قطع السراية وتحقيقه ان العتق فيهما يوجب قطع السراية لافضائه
نهاية الجناية وبدايتها فان ذكر بمنزلة تبدل المحل ولا تحقق في المتنازع فيه لان الرمي قبل الاصابة
ليس باتلاف شيء منه لعدم اتصاله في المحل وانما تتصل به الرغبات فلم يحالف الانتهاء الابتداء فيجب
قيمته للمولى وذكر وان كان مخالفا في وجوب القيمة يعني ويقول بالدية نظرا الى حال الاصابة
فالحجة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الى آخره

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احد موجبي الجناية المشروعين للصيانة
لكن القصاص اشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر من ودى القاتل
المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس كالعدة من وعد قال وفي شبه
العمد دية مغلظة شبه العمد قد تقدم معناه وحكم الدية المغلظة على العاقلة وكفارته
على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة
مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير والصوم
فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير يعرف بالتوقيف وقوله ولانه جعل
المذكور كل الواجب استدلال من الآية بوجهين آخرين احدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع
بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لا يتبين فلا يعلم ان هو الجزاء او بقي منه شيء
ومثله يخل الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وفي نيته ان يقول وعبده
حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان
الغير جزاء المذكور لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان على
ما عرف يعني في اصول الفقه وتجزيه رضيع احد ابويه مسلم لان شرط هذا الاعتاق الاسلام
وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام احد الابوين والثاني بالظهور واذا الظاهر سلامة الاطراف ولا تجزيه

ما في البطن لانه لم يعرف حيوته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطاء لما تلوناه
يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية اي دية شبه العمد عند ابي
حنيفة وابي يوسف هي مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ولم يذكر في نسخ الهداية قول ابي يوسف مع ابي
حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون
ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها والخلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق فقوله
في بطنها اولادها صفة كاشفة والضمير كلها للثنية واستدلا بقوله صلعم الا ان قتيل
خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان
دية شبه العمد اغلظ يعني من دية الخطاء المحض فان الابل تجب اخماسا وذكر اي كونه اغلظ
فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون ارباعا ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلعم في نفس
المؤمن مائة من الابل ووجه الاستدلال من ان الثابت منه عليه السلام هذا وليس فيه دلالة
على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم
في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي رضي الله عنه يجب اثلاثا
ثلثة وثلثون حقة وثلثة وثلثون جذعة واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله
عنه بمثل ما قلنا والرأي لا مدخل له في المقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما روينا
واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن اولى وقوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة يعني
لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم او الف دينار وقال السفيانان الثوري
والحسن بن صالح يغلظ في النوعين الآخرين اي الدراهم والدنانير بان ينظر الى قيمة اسنان
الابل في دية الخطاء والى قيمة اسنان الابل في شبه العمد فما زاد على اسنان دية الخطاء
يزاد على عشرة الآف درهم ان كان الرجل من اهل الورق ويزاد على الف دينار ان كان من
اهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل لزيادة جنايته وجرت منه ولم توجد
في الخطاء وهذا المعنى موجود في الجنسين فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب ان التغليظ
في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يثبت التغليظ لان عمد الاتلاف وخطاءه
في باب الحرم سواء ودلالة ليله يبطل المقدار الثابت بصريح النص الدلالة وقوله لما
قلنا اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله لما بينا من قبل يعني في اول كتاب الجنايات
قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماسا اخماسا قيل منصوب باضمار كان ويجوز
ان يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطاء وقد اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على المائة
لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه اخذنا لحسن والشافعي ان ابن مسعود رضي الله

رضي الله عنه انه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو
ما قال به ابن مسعود وعن علي رضي الله عنه انه اوجب ارباعا خمسة وعشرون بنت مخاض و
خمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة والمقادير
لا تعرف الا سماعا لكن ما قلنا اخف فكان اولى لحال الخطاء لان الخاطئ معذور وقوله
غير ان عند الشافعي استثناء من قوله وبه اخذنا والشافعي يعني انه يقضي بعشرين ابن
لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرنا انه الحق بحال الخطاء وقوله ومن العين يعني
الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم يعني وزن سبعة وقال الشافعي ومن الورق اي
الفضة اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك
ولنا ان عمر رضي الله عنه روى عن النبي عم انه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم فتعارضا
فيحتاج الى تاويل وذكر المصنف تاويل ما ذكره الشافعي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة
وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر فابطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين احدهما انه
قال روى عمر رضي الله عنه ان النبي صلعم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني
الى عهد عمر وذكرنا قضى والثاني ان وزن ستة يزيد على اثني عشر الفا فلا يكون التاويل بذلك
صحيحا والجواب عن الاول ان المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم
وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز ان يكون في آخر عهده عليه السلام يوجد من الدراهم
وزن سبعة ايضا ولانا قضى حينئذ وعن الثاني ان شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان
الدراهم كانت وزن ستة الا شيئا الا انه اضيف الوزن الى الستة تقريبا وقوله ولا يثبت الدية
الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة وما لا فعلها اي من هذه الانواع الثلثة يعني الابل والذهب
والفضة ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان وقيل
في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون
درهما قال المص كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل رداء وقميص
وسراويل وقال قاضيخان هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على
اكثر من مائتي بقرة او غيرهما على قول ابي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو
صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل وقوله
لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال سنها قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي
عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل
الورق عشرة آلاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة
وعلى اهل الشاة شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة ولابي حنيفة ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم
المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يتقدر بها شيء مما وجب ضمانا باتلاف غيره
ضمان

فان قيل قالا بل كذلك اجاب بقوله والتقدير بالابل عرفنا بالآثار المشهورة كما روينا ها و
حددناها فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا لا حق يثبت انها في معناها من كل وجه وقول
وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط اورد هذا شبهة على ما روي عن ابي حنيفة من قول
ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة ووجه ورودها ان محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح
الولي من الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم
يذكر الخلاف فيه فدل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة عنده ايضا وذكر
الجواب على وجهين احدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف والاخرى صحته لانه يناقض رواية
كتاب الديات كما مر انفا وكما سيأتي يرفعها بحمل رواية المعاقل على انها قولها وحمل بعض
مشايخنا على ان في المسئلة عنه روايتين **قال** ودية المرأة على النصف من
من دية الرجل ● دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد روي هذا اللفظ موقوفا على
علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف يستدل كالمرفوع اذ لا مدخل
للرأي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا ينتصف قال في النهاية الصواب ان يقال وقال
الشافعي في الثلث وما دونه لا ينتصف وذكر في زيادات المبسوط وكان زيد بن ثابت رضي
يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية او دون
ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال
الرجل وكذلك قال بعد هذا في قول المص اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه والصواب ان يقال
اعتبارا بها وبما فوق الثلث فيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي
رضي الله عنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك
ناخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها ينتصف وما دونه لا ينتصف
وبه اخذ الشافعي وهذا يصلح قول المصنف واحتجوا في ذلك بان النبي صلى الله عليه وسلم قال
تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب ما تقول
فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون
من الابل قلت فان قطع ثلث اصابع قال عليه ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعا اصابع
قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر الامها واشتد نصابها قال اتشهها قال اعرابي
فقلت لابل جاهل مستر شد او عاقل متثبت فقال انه السنة وبه اخذ الشافعي اذا
اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلعم والحجة عليه ما روينا بعمومه وان حالها انقص من
حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعتها اقل لا تتمكن من التزوج باكثر من
زوج واحد وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجراؤها اعتبارا
بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع الاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا

هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقال سعيد ان السنة
يريد به سنة زيد رضي الله عنه فان كبار الصحابة افتوا بالخلاف ولو كانت سنة الرسول صلى الله
عليه وسلم لما خالفوها **قال** ودية المسلم والذمي سواء ● دية الذمي كدية المسلم رجالهم
كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلام على الوجه الذي ذكره واضح وقد
استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة وبقوله
تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون يتكافؤ
دماؤهم يدل على ان دماء غيره لا يتكافؤ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة
وبالانوثة تنتقص الدية فبالكفر اولى وبان الرق اثر من اثار الكفر وبه تنتقص الدية فبالكفر
الموجب له اولى والجواب عن الايتين ان المراد احكام الاخرة على انها لا يعارضان قوله تعالى وان
كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن
وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المنقول بان النقصان بالانوثة و
الرق من حيث النقصان في المالكية فان المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب
النقصان المالكية والذمي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب احد ان نفس
كل شخص اعز مما في يده من المال والذمي يساوي المسلم في ضمان ماله اذا اتلف ففي النفس
اولى وان لم يكن لنا في المسئلة الا ما روى الزهري ان دية الذمي كانت مثل دية المسلم على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلما كان زمن معاوية
جعلها على النصف وما روي عن علي رضي الله عنه بشهرته انما يدل على الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا
واموالهم كاموالنا وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه دية الذمي مثل دية المسلم وما روي
عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه ان النبي صلعم وادى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور
في المسئلة ما لا يخفى على احد **فصل فيما دون النفس** اعقب ذكر النفس
ذكر ما هو تبع لها وهو ما دونها قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه اعادة ذكر النفس في فصل ما
دون النفس تمهيد لذكر ما بعده وقوله وقد ذكرنا يعني في اوائل الجنايات ومعنى قوله لا في النفس الدية
تجب الدية بسبب الله فيها كما يقال في النكاح حل ومنه قوله وهو في جنس من الابل السائمة شاة
وقوله وفي المادن الدية يعني فيما دون قصبة الانف وهو ما لا ان منه كمالا ثانيا في البدن عضوا
كان او معنى مقصودا يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالانف واللسان والذكر
ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين والثديين المرأة و
الانثيين والرجلين ومنها ما هو اربع كاشفار العينين ومنها ما هو اعشار كاصابع اليدين
والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة
على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب كمل الدية وقيد المنفعة والجمال بالكمال

لان غير الكامل لا يجب فيه كمال الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود وكما اذا قطع لسان الاخرس
والاذن الخرق والعينين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب
القصاص في العمد ولا الدية في الخطاء لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه
حكومة عدل واما اذا اتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق
بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان
والانف وعلى هذا تنسب فروع كثيرة فان كان جنس المنفعة او الجمال قائما بعضو واحد فعند
اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائما
باربعة اعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعشرة ففي كل واحد منها عشر
الدية وان كان قائما باكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله قيل تقسيم الدية
على عدد الحروف يعني على جمل الحروف مما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق
باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والجيم والدال والراء والزاء والسين والشين و
الصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف من ذكر نظر لانه من اقصى الحلق
على ما عرف فالم يكن ابتداء حرف منها يلزم ما يخصه من الدية روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل
في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرأ الف ب ت ث في كل ما وراء حرف فاسقط من الدية بقدر
ذكره وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صرح شيخ الاسلام
وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي
هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه او بصره اختلف طرق التعبير
عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني لا يحلف على البتات وذكر ثبت فوائتها
وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذكر فان لم يحصل العلم بذكر يعتبر فيه الدعوى والانكار
فطريق معرفة السمع ان يتغافل ويتناوى فان اجاب علم انه يسمع وحكي الناطفي عن
ابي حازم القاضي ان امراة تطاولت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال
لها تجاه فاقبلي عورتكرنا فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق و
طريق معرفة ذهاب البصر ان يستقبل الشمس بفتوحة العين فان وقعت عينه علم ان الضوء
باق وان لم يقع علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه حية فان هرب
من الحية علم انه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم ان يوضع بين يديه مائع رائحة كريهة
فانه تنفر علم انه لم يذهب شمه وقوله واحد منها منفعة مقصودة يعني ليس فيها اشتباه
كل واحد منها للاخر كما في قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة لا اطراف تتبع الا نفس
اما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم يلزم الا دية واحدة
فيفوات هذه المنافع بدون الموت اولى فان في الموت استيفاءها دون عدمه وعلى ذكر ما روي

ما روي عن عمر رضي الله عنه كما ذكر في الكتاب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه يفوت منفعة الجمال
قالوا لو حلق رأس انسان او لحيته لا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات
فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فله شيء على الحالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة
والصغير والكبير في ذكر سواء وقوله في الاذنين الشاخصتين اي المرتفعتين وصفهما لدفع ارادة
السمع وقوله انه يجب فيهما كمال القيمة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله اعتبارا بالدية
في الحر لفوات الجمال والتخريج على الظاهر وهو انه يجب النقصان القيمة وقوله وهو الاصح احترازا عما
قال بعض مشايخنا رحمهم الله يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله ويستوي
الخطاء والعمد يعني كما يجب الدية في حلق الراس واللحية خطاء فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وصورة
حلقهما ان يظنه مباح الدم فحلق الاول لحيته ثم ظهر انه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود
اذا كان عمدا في المانع عنه مع الامكان واجيب بان القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت الا بالنص
او دلالته ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تعزيرها الى
الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم في الجراحات وليس فيه امانة ذي الروح فلا يجوز
الحاقها بالمنصوص ولانه كما لا يجوز قياسا قال وفي العينين الدية • الاصل في الذي
ذكرناه في صدر الفصل يشتمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المص رحمه الله
يحتمل ان مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذكره دفعا للتخطئة من خطاء محمد رحمه الله في الملاق
الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين والمراد فيها والشعور
التي عليها يسمى الهدب فقال المص يحتمل ان مراده الاهداب فيكون مجاز المجاورة ذكر المحل واراده
الحال ويحتمل ان مراده الحقيقة فان في تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة
والجمال على الكمال كما ذكر في الكتاب وقوله وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع يعني ان
عشر الدية الواجب باذهاب كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلث مفاصل كان لكل منها
ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منها نصفه وقوله والاسنان والاضراس كلها سواء قالوا فيه
نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس كلها سواء
لان السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة
اثنتان فوق واثنتان اسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها انياب تلي
الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحين من كل
جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه
ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فله يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء لعود
الى معنى الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت اسنانه كلها كانت
عليه دية وثلثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر الف درهم وليس في البدن جنس عضو

يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الحواجب على الضوا
خل لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص وقوله لان المتعلق يعني يتعلق به وجوب كمال الدية
وهو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة فان قيل لا نسلم ان فوات الصورة ليس متعلق
بوجوب الدية بل الجمال ايضا مقصود كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية وليس احدهما اولى
باستتباع الآخر فيكون الحصر في غير موقعه اجيب بان الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود
منه المنفعة واما اذا كان فالجمال تابع الا يرى انه اذا قطع اليد الشلاء يجب حكومة عدل
لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال فاذا
اجتمعا جعل الجمال تابعا ايضا لانه اذا كان تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع اولى وقوله
لتفويت جنس المنفعة يعني منفعة النسل وقوله لانه فوت جمالا على الكمال وهو استعارة التامة على
في تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم اي منتصب وهي تزول بالحدوبة

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وكانت
مسائله ذكر فصل على حدة قال الشجاج عشرة عشرة ووجه ذكر ان قطع الجلد لا بد منه للشجة
وبعد القطع اما ان يظهر الدم اولا والاول هو الحارصة والثاني اما ان يسيل الدم بعد الاظهار
اولا والاول هو الدامعة والثاني اما ان يقطع بعض اللحم اولا والاول هو الدامية والثاني اما ان يكون
قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين العظم اولا والاول هو الباضعة والثاني اما ان اظهرت الجلدة الرقيقة
الحايلة بين اللحم والعظم اولا والاول هو المتلاحمة والثاني اما ان يقتصر على الاظهار او يتعدى و
الاول هو السمحاق والثاني اما ان ينحصر على اظهار العظم اولا والاول هو الموضحة والثاني اما ان
يقتصر على كسر العظم اولا والاول هو الهاشمة والثاني اما ان يقتصر على نقل العظم ونحوه من غير
وصوله الى الجلدة التي بين العظم والدماغ اولا والاول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة
ولم يذكر ما بعدها وهي الدامغة بالعين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها
عادة فكان ذكرها قتلا لا شجة على ما يجيء في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب
الآثار ان الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذكر حقيقة كل واحد منها ثم ذكر
الحكم بعد ذكره وهو واضح وقوله ولان فيما فوق الموضحة يريد ما هو اكثر شجة منها وهو
الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله فيما قبل الموضحة يريد الست المتقدمة من الحارصة الى
السمحاق والمسبار ما يستبر به الجرح اي يقدر غوره كحديدة او غيرها والمراد بقوله فيما دون
الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل
واما على رواية فقد قال يجب القصاص فيما قبل الموضحة وقوله في الجائفة ثلث الدية قال في
الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه
وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس

فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا
وذكر لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله وهذا اختلاف في عبارة
لا يعود الى معنى يعني يرجع الى تأخذ كالاشتقاق فمحمد ذهب الى ان المتلاحمة مشتقة من التحم
الشيئان اذا اتصل احدهما بالآخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع والباضعة بعدها لانها
تبضعه واما اللحيان يريد به العظم الذي تحت الذقن وقوله وقد يتحقق فيه معنى المواجهة وقوله
قيل عليه فيجب ان يكون غسلها فرضا في الطهارة واجيب بانه تركنا من الحقيقة بالاجماع
ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله ثم ينظر الى تفاوت ما بين الجهتين مثاله ان
كانت قيمة من غير جراحة تبلغ الفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم ان الجراحة اوجبت
نقصان عشر قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر دية قال قاضي خان والفتوى على هذا
وقوله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة بيانه ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه
ينظر كم مقدار هذه الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ارش الموضحة
وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب ثلثة
ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي رضي الله عنه فانه اعتبر حكومة
العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد

فصل

لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة في اصابع اليد
نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل اصبع عشر
من الابل وقوله على ظهر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الى آخره وقوله
ولا تبع للتبع يعني وان لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه
لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل واجيب عن قوله واليد اسم
لهذه الجارحة بالنص فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية
السرقة وقوله وان قطع الكف من المفصل واضح وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم اولى
من الترجيح من حيث مقدار الواجب يعني ان الترجيح من حيث الحقيقة والشرع اما من حيث
الحقيقة فهو ان البطش بالاصابع واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف
ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا وهو ثابت
بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا اولى فان الحصر الى الرأي ضروري
ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند ابي حنيفة لتقدير
الشرع نصا لم يفرق بين ان يكون الباقي من الاصابع واحدا او اكثر لان الاصبع الواحدة
ارشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وذكر المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر
الرواية لان له ارشا مقدرا وما بقي شيء من الاصل وان قل فله حكم التبع وقوله في الاصبع

وقوله

الزائدة حكومة عدل يعني سواء قطع عمدا او خطاء وسواء كان للقاطع اصبع زائدة او لا
اما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع اخرى فلا يجب القصاص لكن قطع ابهام انسان وليس له
ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم يوجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة
عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة ارش معدود فلا مساواة بينهما في القيمة واما اذا كان له اصبع
زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا ان الواجب في قطع
الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يتيقن فيه وقوله لانه
جزء من بدنه ولكن لا منفعة فيه ولا زينة قيل عليه بانه منتقض بما اذا كان في ذقن رجل شعرات
معدودة واذا لها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب فيه حكومة عدل وان كان الشعر جزءا من الآدمي
بدليل انه لا يحل الانتفاع به واجيب بان ازالة جزء الآدمي انما يوجب حكومة عدل اذا بقي من
اثره ما يشينه كما في قطع الاصابع الزائدة واما ازالة الشعرات فتزيينه لا تشيينه فلا يوجبها كما لو
قص ظفر غيره بغير اذنه وقوله وكذا السن الشاغية اي الزائدة لما قلنا يريد قوله لانه جزء من بدنه
فان السن جزء من بدنه والسن الشاغية هي التي كما لغت نبتت بعدها من الاسنان يقال
رجل اشغى وامراة شغواء اذا نبتها وان كانت زائدة فهي تقتصان منها وقوله والظاهر لا يصلح
حجة للالزام انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى انه لو اعتق صغيرا
لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم
من قبل في قوله وتجزيه وضيح **قال** ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه في هذا
بيان ان الجزء قد يدخل في الكل قوله فصار كما اذا اوضحه فمات يعني من حيث ان ذهاب العقل
في معنى تبديل المنفس الخارجة بالبهائم او من حيث ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح
للجسد وقوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني
الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمعتمد اليه
لكونه معلوما وقوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات كل من سبب
الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة كما انما قطع اصبع رجل فشلت يده
وقوله وجوابه ما ذكرناه قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل
قوله تعلقا بسبب واحد وهو اصل من الاول وقوله قالوا يعني المشايخ هذا قول ابي حنيفة و
ابي يوسف قال في النهاية ذكر ابو يوسف مع ابي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات
الكتب المتداولة فينبغي ان يذكر محمد اما كان ابو يوسف كما هو في الايضاح او لا يذكرا اصلا كما هو
رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والزيادات والمنتقى وهذا الذي ذكره اذا كان خطاء واما اذا
كان عمدا يجب ارش الموضحة ودية السمع والبصر عند ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية
في السمع والبصر وقوله وجه الاول وهو ان ارش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر

والبطش والكلام وقوله على ما بينا يعني قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله
وجه الثاني يعني قوله وعن ابي يوسف ان السمع يبطل قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا
يترتب فيها المعاني ولا يعد على نظم التكلم فان كان المراد وذكر كان الفرق بينه وبين
ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبتدئا نظر
وقوله وقالوا يعني المشايخ اي قال المشايخ ينبغي ان يجب الدية فيهما اي في العينين
والارش في الموضحة وقالا في الموضحة القصاص قالوا اي المشايخ وينبغي ان يجب الدية
في العينين وقوله لهما في الحلمة فيه اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه قالا
يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية وله اي لابي حنيفة ان الجراحة الاولى سارية
والجراحة التي تحمل قصاصا قد لا تكون سارية اذ ليس في وسعه فعل ذلك فلا يكون مثلا
للاولى ولا قصاص بدون المماثلة ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة اي القائمة حالة
الشج وكذا المحل اي محل الجنايتين واحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر ونهاية الجناية
لم توجب القصاص بالاتفاق فتورث الشبهة في البداية نظرا الى اتحادهما وقوله بخلاف
النفسين جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذكره
انا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان حصل من سراية الاولى وهنا ليس كذلك فان السراية
انما يكون بتعاقب الآلام وهو انما يتحقق في شخص واحد وقوله وبخلاف ما اذا وقع السكين
على الاصبع جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع
اخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه ان القطع
انما لم يورث الشبهة في القصاص لانه فعل مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل
مقصود واما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله لانه ليس بفعله مقصودا الضمير فيه
عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية ان في قوله لانه ليس
بفعله مقصودا نظرا وان الصواب ما ذكره في الذخيرة انه مقصود ولكن ليس من اثره فانه رجع
الضمير الى الفعل انتهى فاختلل الكلام وقد ذكر المص فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين الاول بالنسبة
الى الاول والثاني الى الثاني وقوله وقالا وزفر تركيب غير جائز ولو قال فيهما وزفر كان صوابا
وقوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت
عيناه الى آخره وقوله انه يجب القصاص فيهما اي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية
بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فاوجب القصاص فيهما في الاول دون الثاني لانه
لو ضرب سمعه بفعل مقصود بان ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر المساواة
بخلاف البصر فانه لو ذهب ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله بخلاف
الحالة فيه الاخيرة يعني قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى وقوله لا يرى ان الشجة تقيت

موجبة في نفسها حتى وجب ارشها مع دية العينين عند ابي حنيفة والقصاص في الموضحة والارش
في العينين عندهما وقوله فتاء كلتا اي صارتا واحدة بالاكمال فهو على الروايتين هاتين اي الرواية
المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهورة وفيهما القصاص على رواية
ابن سماعة وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبتت مكانها اخرى يجب حكومة عدل لكان
الالام الحاصل يتقوم وليس به هذا الالم ويتقوم [illegible] به هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب
الالم من القيمة وقوله فنبتت سن الاول يعني بغير اعوجاج وان نبتت معوجا يجب حكومة عدل
وقوله ولهذا ينتظر حولا اي يؤجل سنة بالاجماع وقال في التتمة حتى يبرأ موضع السن لا
الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل وليس بظاهر وانما الظاهر
ما قال المص لان الحول يشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان
فالحق فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر
لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا لا يتناول حولا في فصل التاجيل في البالغ والصغير
جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها ينتظر حولا وهو كما ترى بناء في الاجماع و
قوله ليكون التاجيل مفيدا يعني ان التاجيل انما كان لينظر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله
كان التاجيل وعدمه سواء وقوله وان اختلفا في ذكر اي في سقوط السن بعد السنة و
قوله لسببين الوجهين اي وجه قول الشافعي على التضادب ووجه حكومة الالم وقوله يجب الارش
يعني كاملا وقوله لما ذكرنا يعني قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسقط منه ولم يفصل بين ما
اذا كان السن من الاضراس التي لا تبرى او من الاسنان التي تبرى وقالوا يجب ان يكون الجواب
على التفصيل فان كان من الاضراس التي لا تبرى فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ
وهو كالاسود او عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند اخرين حكومة عدل لانه لم
يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان
في بعض الاسنان وانما تمكن فيه نوع نقص يجب الحكومة كما في الحمرة والخضرة والسواد
لانها لا تكون لون الاسنان بحال فكانت فوتا للجمال على الكمال اما كانت بادية قال
ومن شج رجلا فالتحمت كلامه ظاهر وتعليل ابي حنيفة وابي يوسف هو الموعود قبيل هذا
بقوله وسببين الوجهين بعد هذا وقوله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع الى آخره جواب عن
قول ابي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه اجرة الطبيب ووجهه ان تحمل
الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة
او شبهته كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا
يغرم شيئا وقوله ومن ضرب رجلا يعني اذا ضرب رجلا فجرحه فبرئ منها وبقي اثر الضرب
فعليه ارشه وان لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى

قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند ابي حنيفة ووجوب ارش الالم عند
ابي يوسف ووجوب اجرة الطبيب عند محمد وقوله لان الجناية من جنس واحد فيكون كل واحدة
منهما خطاء وقد تقدم اقسام هذه المسئلة وقوله ومن جرح رجلا جراحة واضحة وقوله
لانه مال وجب بالقتل ابتداء يعني بعقد يحدث بعد القتل كالصلح وقوله واذا قتل الابن
ابنه عمدا كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي وقوله لا سيما
الى زيادة يعني المعجل فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية وهو معروف فايجاب
المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما اوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا
لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله لما روينا يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة
عمدا ولا اعترافا وقوله عمدا اي عمد كل واحد منهم وقوله ولهذا يجب الكفارة اي بالمال
وانما قيد به لانهم اجمعوا على ان التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله وتحرم عن الميراث على اصله
اي يثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي لانهما يتعلقان
بالقتل فعلم بهذا انهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما احد حكمي
القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل ذلك

فصل في الجنين

عقب احكام الاجزاء الحقيقية احكام الجزء الحكمي وهو
الجنين لكونه في حكم الجزء من الام واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة
نصف عشر الدية غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب ويسمى بدل الجنين غرة لان
الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء اوله وغرة الجنين اوله هذا ظاهر
في باب الدية قال المص معناه اي معنى نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى
عشر دية المراة وكل منهما خماسية ودية لان نصف العشر من عشرة آلاف وهو العشر من
خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر ان لا يجب شيء لانه لم يعلم حيوته بيقين وفعل
القتل لا يتصور الا في محل موجود فلا يجب الضمان بالشك فان قيل الظاهر انه حي او
معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا
نقصان الام ان تمكن ووجه الاستحسان ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في
الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتمكن القياس بالاثر روى الامام
المجبوبي ان زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد او امة فقال السائل ولم والحال
لا يخلو اما انه مات بضربه او لم ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب دية كاملة وان لم
ينفخ فيه الروح فان مات بضربه يجب دية كاملة وان لم ينفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت
زفر فقال له السائل اعتقدتك سابقة فجاء زفر الى ابي يوسف فسأله عنه فاجابه ابو يوسف
بمثل اجاب زفر فاجابه بمثل ما اجابه السائل فقال التعبد التعبد اي ثابت بالسنة

من غير ان يدرك بالعقل وهذا دليل على ان قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله
وجه القياس كما ذكرنا آنفا ويحتمل انه رجع من احدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على
ان الدية مقدرة بعشرة الاف درهم قيل واما بين الشارع القيمة اشارة ان الحيوان لا يثبت في الذمة
ثبوتا صحيحا الا من حيث الحياة وصفة المالية قوله اذا كان خمسمائة درهم قيل قيد به
احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال
الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب
وكان في الاصل اذا كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة وقوله في ماله اي مال الضارب لانه
بدل الجزء اي جزء الآدمي نصا كقطع اصبع من اصابعه وقوله دوه اي ادوا ودية امر مخاطب
من الوداء وهذا الحديث حديث حمل ابن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين
جاريتين لي فضربت احديهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا
فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلعم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها انذى
من لا صاح ولا استهل ولا اكل ولا شرب ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام استجمع كسجع الكهان وفي رواية
دعني وارا اخيذ العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة
وقوله الا ان العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت
او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كان خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر وقوله
لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح من المشايخ وفي
بعضها او اكثر وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد بكون الاقل من
ثلث الدية اكثر من نصف العشر هو انما يكون اذا كان اكثر صفة لاقل او بدلا منه ولعل العطف
بالواو يفيد ذلك ايضا وفي بعض الشروح ان تعبيره بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر
كان الحكم كذلك وقوله كذلك في اجراء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين
صورته ان يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطاء فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر
الدية في ثلاث سنين على ما يجيء في العاقلة وقوله ويستوي فيه اي في وجوب قدر الغرة
فانه عبدا او امة قيمته خمسمائة لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة عبد
او امة قيمته خمسمائة درهم وقوله ولان في الجنين دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى
واراد بالجنين تثنية الجنين الولدين المنفصلين الذكر والانثى ومعناه انما ظهرت التفاوت
بين الذكر والانثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الآدمية في المالكية فان الذكر
مالك مالا ونكاحا والانثى مالكة لا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص
الآدمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله وان القته حيا
ثم مات اول الاقسام الاربعة العقلية الحاصلة من موت احدهما بعد الضرب وهو ان خرج الجنين

الجنين من الام اما ان يكون في حال حيوتها او في حال مماتها او في حال حيوة الام ومات الجنين
او على العكس والاقسام مع احكامها مذكورة في الكتاب وقوله فانه يجب الضمان بالشك اعترض عليه
بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم
ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكره هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك
الصورة ثبتت بالنص على خلاف كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد
وفيما نحن فيه من وجوه وهو احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام
وبسبب تضييق الرحم وعم الطحاوي فانه يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقي على اصل القياس وهو عدم
وجوب الضمان قال وما يجب في الجنين موروث عنه كلامه واضح وقوله في جنين الامة اذا كان
ذكرا ولم يكن الحمل من المولى ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى
وطريق ذلك ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته يجب
نصف عشر ذكر ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور
لانه لو كان منهما لزمت الغرة بكونه حرا فلا ضياع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول
للمضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وانوثته يؤخذ بالمتيقن قوله
لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان يعني في الاصل الا يرى انه اذا قلع السن
فنبت مكانه اخرى لم يجب شيء وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل
على ان وجوبه باعتبار معنى التنبيه لا الجزئية فيتقدر بها اي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام
وقوله وقال ابو يوسف هذا غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف هذا غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف قال
في المبسوط ثم وجوب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول ابي يوسف
وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء
كما في جنين البهيمة وقوله فنظرنا الى حالق السبب التلف يعني اوجبنا القيمة اعتبارا لحالة
الضرب واوجبنا قيمته حيا لا مشكوكا في حيوته اعتبارا لحالة التلف لا يقال هذا اعتبار
لحالة التلف لا يقال هذا اعتبار لحالة الضرب فقط اذ الواجب في تلك الحالة ايضا قيمته
حيا لجواز ان لا يكون حيا فانه يجب قيمته حيا هنا كما بل يجب الغرة وقوله ما بين كونه مضروبا
الى كونه غير مضروب يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف درهم وقيمته
مضروبا ثمانمائة درهم يجب على الضارب مائتا درهم وقوله على ما نذكر بيانه بعد هذا يعني
في جناية المملوك والجناية عليه في مسألة ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك
وقوله وقد عرفت في النفوس المطلقة اي الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو
الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات ليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة الا يرى
انه لم يجب كل البدل والباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح

باب ما حدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل بمباشرة ذكر احكامه تسبيبا والاول اولى بالتقديم اما لانه
قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او كنيفا
الميزاب والجرصن قيل هو البزيغ وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان
من الحائط ليبتني عليه والعرض بالضم الناحية قيل المراد به ههنا ابعد الناس منزلة
اي اضعفهم وازولهم وجملة الكلام في هذه المسئلة في ثلثة اشياء في اباحة العمل وفي
الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمبدوء به في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع
الا على قول محمد فان فيه خلافا بين العلماء قال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس مسلما كان
او ذميا ان يمنعهم من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان
فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه وبه قال ابو يوسف وقال
محمد ليس لاحد حق المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه ماذون في احداثه شرعا فهو كما اذن له
الامام واما الخصومة في النزع فالمذكور في الكتاب قول ابي حنيفة وقالا ليس لاحد ذكر اما على قول
محمد فظاهر لانه جعله كالماذون من الامام فلا يرفعه احد واما ابو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع
لكل احد يد فيه فالذي يحدث يريد ان يجعلها في يد نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار له يد
فالذي يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت واما وجه قول ابي حنيفة
فهو مذكور في الكتاب وقوله ويسع للذي عمله بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام اي لا ابتداء ولا جزاء يعني متعديا عن مقدار حقه في الاقتصاص
لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا
واما اذا كان غير نافذ فقوله ليس لاحد من اهل الدرب ليس بنافذ بيان لذكر والدرب الباب
الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله لانها مملوكة لهم يعني في الغالب قال فخر الاسلام
المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذكر بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذ وهي
للعامة لكن ذكره دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه
وقوله على كل حال اي سواء كانوا مثلهم ذمة او لم يكونوا وقوله واذا شرع في الطريق روشنا
وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان وقوله مما ذكرنا في اول الباب يعني الكنيف والميزاب
والجرصن وقوله فالضمان على الذي احدث فيها يعني ضمانها على المحدث ولا ضمان على الذي
عشر به لانه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالآلة وقوله وان سقط الميزاب من السكة على
اربعة اوجه اما ان اصابه الطرف الداخل او الخارج او اصاباه جميعا وعلم بذلك او لم يعلم اي الطرفين
اصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله لانه ليس بقاتل حقيقة يعني ان الكفارة وحرمان
الميراث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والا تساوى الكل وهذه كالرمي
قبل ان كان قتله حقيقة والعكس شمول الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالكفارة

فالتعبير عدم فيها والجواب ان الضمان يعتمد الاتلاف وطريق التعدي صيانة للدماء عن الهدر وقد
تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذكره واما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا او خطأ ولم
يوجد شيء منهما وقوله اعتبارا للاحوال يعني نعلم بيقين انه قتيل الجراحة ولا نعلم الباقي الطرفين
ان كان بالطرف الداخل فله ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين
وقوله ولو اشرع جناحا ظاهرا وقيل المشتري ايضا متعد بترك الرفع مع امكانه شرعا واجيب
بان سبب ضمان القتل اما المباشرة او التسبيب ولم يوجد منه ذكر فساد كمن تمكن من رفع حجر
عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان عليه لانه ليس بمباشر ولا مسبب وتشكل
ايضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى بال الوارد من غيره لم اصاب
انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب ان طروء
صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناية الى
هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله ولو حركته اي الجر قيل فيه تلويح الى ان الذي
لو حركته بشرر فاحرقت شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجر وهو باق لو كان
واليه ذهب بعض اصحابنا وقوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
والاولى اعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلواني وقوله وقد افضى اليها اي الى عاقرته
وهي الحرق بواسطة الريح وقوله ولو استاجر رب الدار الفعلة الفعلة جمع فاعل وهو وجوه
ان قال المخرج للفعلة اخرجوا جناحا على فناء داري فان لي حق ذلك ولم يعلم الفعلة غيره فاذا
فعلوا فسقط واصاب شيئا قبل الفراغ من العمل او بعده فالضمان عليهم ويرجعون به
على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استاجر ليذبح شاة
ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآمر وان قال
اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم ان لا حق له في ذلك او لم يخبرهم ففعلوا فسقط واتلف شيئا
قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر قياسا واستحسانا وان سقط بعد
الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه امرهم بما لم يملكه مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد
الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح شاة جاء له فذبح ثم ضمن الذابح
للجاء لم يرجع به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من
حيث ان فناءه مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من
حيث انه غير مملوك له من حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر
بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه علاجا بهما و
اظهرهما وجه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان امر الآمر انما صح من
حيث انه يملك الانتفاع بفنائه وداره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل وقوله لانه صح

الاستيجار يعني بالنظر الى ان له ان يمتنع بنفسه وداره فبالنظر الى هذا كان امره معتبرا ووقع فعله
عبارة واصلا فانتقل فعله اليه كما لو فعله بنفسه ولو فعله بنفسه تقيد بشرط السلامة لكونه
مملوكا له فكذا اذا امر به وقوله كما في الفعل فيما اذا فعل ذكر يعني الصب والرش والضوء وقوله كما في الدار
المشتركة يعني ان له ان يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق المالك بحقيقته وقوله
لانه صاحب علة والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله في فنائه حانوته قبل الفناء
سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار وكربط الدابة وكسر
الحطب وقوله فتعقل اي تثبت وتعلق بالبناء وقوله يجب الضمان على الآمر لم يتعرض بان ذكر
اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر او لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان الجواب
الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا
ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان
على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء لغيره فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد
الامر قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين كلامه واضح والبالوعة نقب في وسط البيت
البيت وكذا ذكر البلوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والاقتيات
الاستبداد بالرأي انتعال من القوت وهو السبق وقوله وكذا الجواب على هذا التفصيل يعني ان
لو فعله بامر من له الولاية في الامر لم يضمن وله فعل نفسه من غير احد ضمنه وقوله مما ذكرنا يعني
من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن
وحفر البئر وقوله وغيره يعني ما لم يذكره في الكتاب كبناء الدكة وغرس الشجر ورمي النواة و
الجلوس للبيع وقوله وكذا ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امره الامام بحفر في طريق المسلمين
لم يضمن ما يتلف به كذلك اذا حفره في ملكه وان لم ياذن له الامام وقوله وكذا اذا حفره في فنائه وان
يعني وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جاز له ذلك اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر
بان لا يضر باحد واذن له الامام اما اذا لم يكن كذلك فانه يضمن وقوله وهذا يعني هذا
الجواب وهو انه يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير
نافذة صحيح وقوله ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او عطشا او اختناقا بالعفونة
قال في الصحاح يوم خم اذا كان ياخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم
قول ابي حنيفة انه مرجوح على عادته من ترجيح الراجح فان الغفلة معه الا يرى انه لو حبس رجلا
في بيت حتى مات جوعا فانه لا ضمان عليه بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع لان اثر فعله وهو
العمق اثر في نفس الواقع فلا بد من اثر من الوقوع لوجوب الضمان وقوله وان استاجرا اجراء
لحفر وما له في غير له في غير فنائه يعني بان كان الفناء للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهود فاما
اذا علموا انها في غير فنائه او لا فان كان الثاني فالضمان على المستاجر والاجر على الاجراء لان

البالوعة سوراخ
تن نطوى

لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا وذكر يكون لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف على صحة الامر حقيقة
يتعذر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فنقل فعلهم
اليه وهذا دليل كون الضمان على المستاجر وقوله لانهم كانوا مغرورين دليل قوله والاجر
على الاجراء وصار هذا الامر لصحته ظاهرا وكون المامور مغرورا كما لا يذبح شاة ظهر فيها
استحقاق الغير الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا وكون الآمر متسببا
والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستاجر ابتداء لان كل
واحد منهما متسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فيترجح جانبه وان كان الاول
فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينتقل فعلهم اليه وليسوا بمغرورين
فينتفي الضمان عنهم فبقي الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه
لا تحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك
له بل المناسب ان يقال لان الآمر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة
وبين الآمر باشراع الجناح فان الاجراء هناك اذا لم يعلموا ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا
لم يضمنوا اصلا والجواب ما اشار اليه الحصر في ذبح شاة غيره فان الذابح مباشر والآمر متسبب
وقد تقدم ان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها فان قال لهم هذا فناء
ظاهر وقوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله لا ولاية له في
التصرف الى آخره فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر كان هذا الظاهر وهو صريح فلا يعتبر
الدلالة في مقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك
في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشتركة الدلالة فلا يعارض الدلالة قال
ومن فعل قنطرة بغير اذن الامام كلامه واضح قوله لان الاول يعني القنطرة ووضع الخشبة
لكونه تعديا ظاهرا واما بناء القنطرة فلان الباني قوت حقا على غيره فان التدبير في وضع
القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان
فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد لا كالة وقوله وهذا اللفظ يعني به قوله فضلب
به انسان فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه
بالتعثر به بعدما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فضلب به معطوف على قوله فسقط على
انسان وذكر لا يشتمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيضطرب به انسان فيموت قال الحامل ضامن
يشتملهما والفرق بين العبارتين يتبين في بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله
فضطرب انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرواية فاسد لان موت الانسان بسقوط الرواية
عليه متصور ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله فيخرج بالتقييد

الآمر بل

جعله

رين

بما ذكرناه يعني بوصف السلامة وقوله ما لا يلبسه عادة يعني مثل اللبد والجواليق ودروع الحرب
الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد
لعدم عموم البلوى به وقوله للعشرة يعني اهل المسجد وقوله ضمن يعني اذا فعل ذلك بغير اذن
احد من العشرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد وقوله كنصب الامام
يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف قال ابو الليث
رحمه الله وبه ناخذ الا ان ينصب شخصا والقوم يريدون من هو اصلح منه ويجوز ان يكون المص
اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب الامام والمؤذن والباني اولى بالعمارة وقوله و
تكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس
لغيرهم ان يتكرر الجماعة وقوله قصد القربة لا ينافي الغرامة جواب عن قولهما لان هذه من
القرب وقوله اذا التزمه بالشهادة على الزنا فانه قصد القربة لكن اخطاء الطريق فان شرطها
ان يكون الشهود اربعة ممن سمع شهادته فاذا نقصت انقلبت قذفا والمستوجب الحد
قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل وان جلس في المسجد رجل من العشرة
فعطب به رجل فاما ان كان في الصلوة او لم يكن فيها فان كان في الصلوة فلا ضمان عليه سواء
كانت الصلوات فرضا او نفلا لان القتل بالسبب يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا
لغير ما ضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم
اي لتعليم الفقه والحديث او للصلوة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة
او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المص فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا
واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف
بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في
غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشتمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة
ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المص بيان لذلك لكن قوله
فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما
رايت وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما
قال في الاعتكاف وقوله لهما ان المسجد انما يبنى للصلوة والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن
الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال وقوله وانتم عاكفون في المساجد
وقوله وله ان المسجد انما بني للصلوة لان المسجد موضع السجود الا يرى ان المسجد اذا ضاق كان
له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضوعه الاصلي دون
العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلوة فيه ولا دلالة لما ذكرا من الايتين على ما
سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلوة مسلم لكن

لكن لا بد من التفرقة بين الموضوع الاصلي وما الحق به والباني واضح

فصل في الحائط المائل

لما كان الحائط المائل يناسب الحرض والروشن والجناح والكنيف
وغيرها الحق مسائله بها في فصل على حدة قال واذا مال حائط الى طريق المسلمين فاذن فيه
في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا ايجاب الضمان وهو
مروي عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين والوجه من الجانبين
مذكور في الكتاب وقوله ولم من حز خاص يتحمل لدفع العام كالترس الكفار وان تترسوا بالمسلمين
وقطع العضو لاكلة عند خوف هلاك النفس وقوله ويتحملها العاقلة قال محمد رحمه الله
ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه
مات من سقوط عليه وعلى ان الدار له لان كون الدار له يدل ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على
الغير وقوله والشرط التقدم اليه وهو ان يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا
مخوف او يقول مائل فانقضه او اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي ان تهدمه
فذلك مشورة ويشترط ان يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان او ذميا
او صبيا او امراة ان مال الى طريقهم وواحد من اصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب
الدار وشركائها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفويض حتى لو تقدم الى من يسكن الدار
باجارة او اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على واحد وقوله والشرط هو التقدم
دون الاشهاد حتى لو اعترف صاحبه ان طولب لنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وقوله
لان فعل مولاه كفعله اي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم الى
الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما عد العقل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد
التقدم الى الاب والوصي اجيب بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولاية
باقية وقد زالت بالبلوغ وصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهما في ترك الهدم
يعدان للصبي وينظر ان له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقض بعد التقدم اليه
الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه اجيب بان في ترك النقض دفع
مضرة متحققة وهو ضرر مؤنة النقض وبناؤه ثانيا وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز
ان لا يسقط وان يسقط لا يهلك به شيء فكان تركه انظرا للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله في عتق
العبد يعني يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس
ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه يتنكل الحجر عنه في الكتاب
سبب ذلك وفي التزام ضمان الجناية على النفس كالمجبور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول
ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله لان الاشهاد على المولى من وجه اما اذا لم يكن على العبد
دين فظاهر لان الكسب في الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته الا يرى انه لو ادعى انسان

يتنها

حتاً في دار بيد ثالث وذلك ينتصب خصماً فكان الاشهاد عليه اشهاداً على المولى من وجه واما
اذا كان عليه دين فتقدمها ظاهر وعند ابي حنيفة للمولى ان يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا
تقدماً الى المولى من وجه وتقدماً الى العبد من وجه فاعتبرنا ضمان الانفس تقدماً الى المولى
لما ذكرنا ان ذكر الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدماً الى العبد لانه كالحر فيه
كما مر وقوله ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه يعني لو صالح احد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك
ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب للفصلين ووجهه ما ذكرنا في الكتاب واما جواب
القياس فهو ان لا يضمن احد منهم شيئاً اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم
اليه مفيداً واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في التفريغ
والجواب ان الاشهاد على جاعتهم ينعقد عادة فلو لم يصح الا منها وعلى بعضهم في نصيبه ادى
الى الضرر وهو مدفوع وقوله فعطب لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثاني لان التفريغ
عنه اي القتيل الاول برفعه مفوض الى اوليائه لانهم الذين يتولون دفنه وطلب بالفرق بينهما
وبين ما اذا وقع الجناح على الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل و
مات فان دية القتيلين جميعاً على صاحب الجناح واجيب بان اشراع الجناح في تسميته جناية
وهو فعله فصار كانه القاه بيده عليه فكان حصول القتيل في الطريق مضافاً الى فعله كحصول
نقض الجناح في الطريق ومن القى شيئاً في الطريق كان ضامناً لما عطب به وان لم يمكث
تفريغ الطريق عنه كذلك في مسئلة الحائط فان نقض البناء ليس بجناية وبعد ذلك لم يوجد
منه فعل يصير به جانياً لكن فعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع القدرة على التفريغ
والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القتيل فكذلك فعل فاعلاً في حق القتيل
الاول لا في حق القتيل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره في الكتاب واضحاً و
قوله فسقطت يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى انه لو وقعت الجرة وحدها فاصابت انساناً
فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعدياً فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلاً
او غير مائل كذا في المبسوط وقوله فعليه اي فعلى كل واحد من حافري البئر وبائي الحائط وقوله ولم
اي لابي حنيفة ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المتعدد يعني في الحائط والعمق المتعدد في
البئر لان اصل ذلك اي اصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وهو القليل اي ذلك الاصل
يعني ان الجزء اليسير ليس بمهلك حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى
العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك الا يرى انه لو اشهد عليهم جميعاً ثم سقط على انسان
كان على كل واحد منهم حصة الدية فبترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من
اشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر فيقال لما اجتمع في حقه مضيان احدهما موجب
الضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من جنب الحفر في ملكه

في ملكه فيجعل المعتبر جنساً والمهدر جنساً فيلزمه نصف الضمان والاصل عند ابي حنيفة ان صفة
التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله بخلاف الجراحات جواب عن قولهما
كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم
الاولوية يضاف اليه واذا اضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر
فجعل غير المعتبر شيئاً واحداً وان تعدد وذلك الضمان نصفين فاعتبر احدهما واهدر الآخر

باب جناية البهيمة والجناية عليها

ذكر جناية البهيمة والجناية
عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان وقوله لما
اوطأت الدابة الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز ان يكون مفعولاً لا ايطاء محذوف وتقديره
اوطأت الدابة يدها او رجلها انساناً فيكون من باب فلان يعطي وقوله ما اصابت بدل
من قوله لما اوطأت الدابة والكدم العض بمقدم الاسنان والخبط الضرب باليد والصدم
وهو ان تضرب الشيء بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الآخر بنفسه ويقال
نفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من اوجه ثلثة لانها اما
ان يكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك صاحبها مذكاً
كاملاً او مشتركاً متساوياً او متفاضلاً فاما ان يكون صاحبها معها او لا يكون فان كان لم يضمن
صاحبها واقفة كانت الدابة او سايرة وطئت بيدها او رجلها او كدمت وان كان الاول فاما
ان يكون سايقاً لها او قايداً او راكباً عليها فان كان الاول لم يضمن صاحبها في
الوجوه كلها اتلفت نفساً او مالاً لان صاحبها في هذه الوجوه مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف
بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب انما يضمن اذا كان متعدياً ولا تعدي في ايقاف
الدابة او تسييرها في ملكه وان كان الثاني وهو تسييرها فان وطئت بيدها او رجلها ضمن وان كدمت
او نفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة
مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانهما وطئاه جميعاً والمباشر
ضامن متعدياً كان او لم يكن وفي الثاني مسبب غير متعد وان كانت في ملك غير صاحبها
فاما ان ادخلها صاحبها فيه او لا فان كان الثاني فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمسبب
ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سايقاً او قايداً او راكباً
اولا واقفة او سايرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة
وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه وان كانت في طريق المسلمين وقد اوقفها صاحبها فعليه
ضمان ما اتلفت في الوجوه كلها لانه بالايقاف مسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين
بايقاف الدابة فيه وان كانت سايرة فاما ان يكون صاحبها معها او لم يكن فان لم يكن فاما
ان سارت باذن سائقها او انفلتت فان كان الاول ضمن ما اتلفت ما لم يتحول عن جهة الارسال

او انفلتت

يمشي ويسيره لان ارسالها بالاتلاف حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الكبح فلا ضمان عليه
في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان او سائقا او قائدا الا النفحة بالرجل
والذنب لانه مباشر او مسبب متعد والفرق من هذا الاسهاب بيان المص الراكب ضامن لما اوطأت
الدابة الى قوله وكذا اذا اصدمت انه محمول على ما اذا لم يكن الراكب في سكة لان هذا الجواب ان استقام في
قوله ما اصابت بيدها او برجلها لا يستقيم في قوله او كدمت او خطبت او صدمت فيما اذا كان في
سكة على ما مر آنفا وذكر الاصل الذي تبتني عليه هذه الفروع فقال والاصل ان المرور في طريق المسلمين
مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس اما
انه يتصرف في حقه فلان الانسان لا بد له من طريق يمشي فيه لترتيب مصالحه فالحجر عن ذلك حرج وهو موضوع
واما انه يتصرف في حق غيره فلان غيره فيه كهو في الاحتياج فالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا و
النظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة جمعا بالوجهين وبقيه كلامه واضحة
وقوله والمرتدف فيما ذكرناه يعني في موجب الجناية كالراكب لان المعنى اي المعنى الموجب وهو المباشرة و
التصرف في الدابة بالتسيير على ما اراد لا يختلف لانها في ايديهم وتحت تصرفهم وقوله ثم هو يعني الايقاف
اكثر ضررا بالمارة جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفا في
الدابة فليلحق به ووجهه اذا ضم منه لما انه اي الايقاف ادوم من السير فلا يلحق به وقوله والسائق
ضامن لما فرغ من بيان احكام الراكب بين احكام السائق والقائد وقوله والمراد النفحة اي من قوله
لما اصابت بيدها او رجلها وانما نص بذكر ليلا يتوهم ان المراد به الوطء فانه يوجب الضمان على السائق
والقائد بلا خلاف لا صرفه وقوله واليه مال بعض المشايخ يعني العراقيين وقوله فيمكنه الاحتراز عنه
يعني بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاده عنها وقوله وقال اكثر المشايخ يريد مشايخ ما وراء
النهر وقوله ما ذكرناه يعني قوله فلا يمكنه التحرز وقوله وقوله عليه السلام الرجل جبار معطوف
على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع
وقوله انتقال الفعل جواب عن قول الشافعي لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون
بالتسيير على الاكراه ولا يكاد يصح لان معناه الانتقال بتخويف القتال ومعنا تخويف
بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال
بناء على اصل آخر وهو ان تسيير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة
ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه ما ذكرناه وهو قوله
عليه السلام الرجل جبار والى رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان
الكفاية وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان التلف يستقل وقوله على ما ذكرنا اشارة الى
قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وقوله لان كل واحد سبب الضمان يعني لان كل واحد منهما
بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب اوجب ضمان التلف بالوطء

قوله ع

بالوطء، وكذلك الركوب فلم يجز ان يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف
مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند
انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل
وتكملته فانه من مظانه قال واذا اصطدم فارسان فماتا اصطدم فارسان
اي ضرب احدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين
غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي في وجه العكس وما قلنا وجه
الاستحسان وقد روي عن علي رضي الله كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا
قولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الى آخره وفيه بحث من وجهين
احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما
ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع
في البئر المشيم فيكون فاسدا ومن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله وفيما ذكر
جواب عن المسائل المذكورة في جنسها وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن
لم يظهر في حق نفسه لعدم التابين فسقط ايجاب الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب
على عاقلة كل منهما نصف الدية واما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان
في حق نفسه اصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة احد له في قتاله فيجب على عاقلة كل منهما
تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما
كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطاء اي وجوب نصف
الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطاء الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا انه
ذكر الخطاء في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله فيأخذها اي قيمة العبد ورثة
المقتول الحر قيل ينبغي ان يسقط عن العاقلة لان الدية اولا تثبت للميت لا لعاقلته والورثة
يخلفونه والعاقلة يتحملون عنه موجب جنايته فلما مات الميت ما تحمله العاقلة يسقط
عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطاء فتزوجها على اليد وما حدث منه فان الدية
تصير مهرا وتسقط عن العاقلة واجيب بان السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو
الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى المستحق اولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى
الراجع غيره لا يسقط فلذا يسقط بالشكر والباقي واضح وقوله لانه قاصد لحفظ من الاشياء
يعني السرج وسائر الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شيء فاتلفه فانه يجب
الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل
في الطريق وقوله ومن ربط قطارا القطار الابل يقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلاهما واضح قال
وان ربط رجل بعيرا الى القطار رجل ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه

الى الركوب بدله

الذي ح

قاتلا

القايد او لم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القايد الدية لامكان
تحرزه عن ربط الفيل فاذا ترك ذلك صار سببا متعديا والدية في مثله على العاقلة كما في القتل
ثم يرجع عاقلة القايد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة
كذا في الجامع الصغير وقع في عبارة المبسوط ضمن القايد ثم يرجع على الذي ربط البعير وفق
الامام المحبوبي بينهما بان اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان فانه في الحقيقة على القايد والرابط
الا ان العواقل تعقل عنهما واعتبر في الجامع الصغير حاصل الضمان وقراره وهو على العاقلة وان
كان الاول لم يرجعوا لان القايد حين علم بالربط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون
عليهم بشيء ولم يذكره لظهوره وقوله وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء ظاهر وقوله قالوا يعني
ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ قالوا خذا اي رجوع عاقلة القايد
على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القايد
بلا رجوع على احد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله ومن ارسل بهيمة يريد كلبا لقوله بعده وكذا
لو ارسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه ولو ارسل طيرا اي بازيا وساقه فاصاب في فوره
بان قتل صيدا عملوكا لم يضمن المرسل السابق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه في حق الضمان
حتى لو كان ذلك في الحرم لم يلزمه شيء وقوله انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه اي سوى
طريق اليمنة واليسرة بان كان على الجادة ماء او وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف
يمنة ويسرة وقوله وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال وقوله ومن اي وقفة
الدابة ينافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف وقوله وبخلاف
معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم اصل المسئلة وتبين به الفرق بين
الارسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله على فوره اي فور
الارسال وهو ان لا يميل يمينا وشمالا وقوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال و
قوله قال محمد هي المنفلتة اي الجماح التي اعدوا النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي المنفلتة لا التي
ارسلت فان افساد ما اذا كان في فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره
احسن اذ اعتبر الاجراء على عمومه وقوله من الارسال واخواته يعني السوق والتوجه والركوب قال
قال في النهاية كان من حق الكلام ان يقول من الارسال وامثاله او يقول من الارسال واخواتها
بتاويل الكلمة اذ السوق والتوجه لما كان اختلالا اخا للارسال كان الارسال اختا ايضا
والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل وليس بشيء لانه ليس معنا
مؤنث معنوي حولت فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك قال شاة لنصاب فقامت عينها
الجزء القلع وجزء الجزور كخرها والجزور ما اعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهو مؤنث
وانما قال وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين ان البقر والابل وان اعد للحم كالشاة

وقتل صيدكم

كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم او للحرث والحمل والركوب ففيه ربع
القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي فيه النقصان واعتباره بالشاة
عمل بالظاهر ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب
ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك فترك القياس فان قيل يجوز ان يكون رسول الله
صلعم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك غير الماكول من الحمل والركوب و
الزينة والجمال والعمل موجود في ماكول اللحم فيلحق به وقوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم دليل
معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم
وقيمة العين لا يفوت بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية وقوله ولانه انما تمكن اقامة
العمل بها دليل آخر وهو ايضا واضح تمكن الاعتماد على الاول الا يرى ان العينين لا تضمنان
بنصف القيمة كذا قال فخر الاسلام وانما قال ذلك لان المعمول به في هذا الباب النص وهو ورد
في عين واحدة فيقتصر عليه وقوله او تخسها يعني بغير اذن الراكب والتخس هو الطعن وهو
تخاس الدواب ولانها فان قيل القياس يقتضي ان يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان
لم يكن متعديا لان التعدي ليس من شرطه فان لم يختص به فلا اقل من الشركة فالجواب ان القياس
يترك بالاثر وفيه اثر عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقد اشار المص ايضا الى الجواب بقوله ولان
الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الدابة المهلكة
انما كانت منها فكانت مضطرا في حركته وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس بكونه الحامل على ذلك ملجئا
فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعلت الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان
مباشرا لا يعتبر مباشرا كالمكره الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب
ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة اوجبت الضمان على الناخس دون
الراكب والسابق ايضا عند اكثر المشايخ وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجب
على السابق اذا كان بالاذن وههنا بالاذن حتى لو نخس وهو مأذون كان سابقا وامكان التحرز
انما يعتبر في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله ولان الناخس متعد في
تسبيبه دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه
وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه
بان الراكب مباشر فيما اذا اتلف بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا
في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجيح الناخس
في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان منفردا لا يصلح
معارضا حقيقة كما بيناه ولعل معناه فاعتبر بجبار التغريم لان الترجيح بسبب الاعتبار فكان ذكره
السبب وارادة المسبب وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي

وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسييبه وليس بشيء فتامل وقوله والواقف في ملكه والذي يسيره
سواء يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الاتفاق في غير
الملك فانه ينتصف الضمان هناك على عاقلتهما وقوله وهو ان الوطء مضاف الى الناخس لانه كالسابق
لها والسابق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن ابي يوسف وقوله
مضاف اليهما اي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليها اي الى النخسة وقوله ولا يتناوله
من حيث انه اتلاف لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضرورته وقوله يقتصر
عليه اي على الناخس لان الراكب اذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف وقوله والركوب و
ان كان علة جواب سؤال تقريره الراكب صاحب للوطء على معنى انه يستعمل رجل الدابة في
الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس صاحب
شرط في حق فعل الوطء والاضافة الى العلة اولى ووجهه ان الركوب وان كان علة للوطء
لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتاخره عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء
فكان الوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح
وقوله وصار كما اذا امر صبيا يستمسك انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فله ضمان على احد
اما على الصبي فله ان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فله نصف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها
واذا لم ينتصف سيرها الى احد كانت متلفة وفعله جبار وقوله والناخس اذا كان عبدا يعني
ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدى والباقي ظاهر الى هنا فراجع

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان احكام جناية
المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لا
لخطاط وتبعته عن وتبعته لان العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف اخر باب
جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او
القائد وهم ملاك قال واذا جنى العبد جناية خطاء اعلم ان التقييد بالخطاء هنا
يفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد
لان خطاء العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذا القصاص لا يجري
بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله قيل للمولى اما ان
تدفعه بها او تفديه يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشيء من ذكر حق يبرأ الجاني
عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه سيأتي في جناية الحر ان موجبها يختلف
بالسراية وعدمها فالقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله وفائدة الاختلاف
في اتباع الجاني بعد العتق فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب
على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء وقوله المسألة مختلفة

مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم نعم ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه
وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر رضي الله عنه مثل
مذهبه قال يجيد الكسر اموالهم جزاء جنايتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد
وقوله فيجب في ذمته اي في ذمة العبد كما في الدين فان الدين في ذمته يكون شاغلا لماليته
رقبته يباع فيه الا ان يفتدي المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكما في الجناية على المال وفي بعض
النسخ كما في الذمي يعني اذا قتل الذمي رجلا خطاء يجب ديته في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف
المال وقوله بعد هذا الخلاف في الذمي يدل على صحة هذه النسخة وقوله ولنا ان الاصل الى آخره
ظاهر وفيه بحث وهو ان الحكم في المسألة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده
الوجوب على كما ذكرنا وهو بناء على اصل ولكن على اصل نحن ابن يقوم لاحدنا حجة على الآخر
ويمكن ان يقال الشافعي جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته و
كوجوب الجناية على المال فنحن الا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين
المص ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاملون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم
عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته و
اما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على اصل
يبطل بابداء الفارق على ان قوله ان الاصل في موجب الجناية ان تجب على الجاني يبطل ايضا
بقولنا الاصل ذلك في موجب جناية العمد والخطاء والاول مسلم ولا يفيده اذ الكلام في
الخطاء وهو عين النزاع وقوله لانه هو الجاني غير مفيد لانه يحتاج ان يقول والاصل في الجاني
ان يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب وقوله
الا انه يخير استثناء من قوله والمولى عاقلته جوابا عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان
مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه ان الخطاء يوجب التخفيف
ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف
واما ههنا فالمولى واحد فاظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع
جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حق وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر
الجاني اذا مات فان القتل لا يسقط عن عاقلته ووجهه ان الواجب الاصلي هو الدفع وان
كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فان الموجب الاصلي فيه جزء من النصاب و
للمالك ان ينتقل الى القيمة ولهذا اي ولكون الواجب الاصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت
العبد لفوات المحل وقوله في الصحاح اخر ان عن رواية اخرى ذكرها الطحاوي ان الدية هو
الاصل ولكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الاسرار
ان بعض مشايخنا ذكروا ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى وله الخلاص بالدفع ثم قال والرواية

بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد وقوله بخلاف الحر الجاني جواب
عما ذكره محمد استشهادا به كما ذكرناه آنفا ووجهه ان الواجب لا يتعلق بالحر اصلا فصار كالعبد
في صدقة الفطر في انها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد **قال** فان دفعه ملكه
ولي الجناية • فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه وان فداه فداه بارش الجناية
وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر والتاجيل
في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل ترفيها وتحصيل الحاصل باطل واما الفداء
فلانه جعل بدلا عن العبد فالشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فياخذ حكمه وقبل كون الشيء
بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم
فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا يتعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء و
النية من شرطه ودون الاصل وغير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس
او العضو كشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره
المولى كان دينا في ذمته كساير الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كساير الديون حالا
لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل
فيرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن
في لفظ المص ما يشعر به ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية
فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل
المذكورة تغيرت بذكر وهو ان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به و
التراب غير مطهر بطبعه فلم يكن تيمم من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء
وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به لا يقال
قد يتضرر بوجوبه حالا فهو ضرورة لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي
وقوله على ما بينا اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع الى الجزء وان مات اي
العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولا او فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء والمطلوب
بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث مخير وان عين احدها قولا لم
يتعين واجيب بان حقوق العباد اوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا واما
حقوق الله فالمقصود منها الفعل فيتعين الواجب به وقوله كان تعلق الاولى اي الجناية الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان حق المرتهن به يمنع
تعلق الدين به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون سوى دين المرتهن لحقه قبل الرهن
او بعده لا يتعلق ساير الديون بالرهن فان منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع
اجيب بان في الرهن ايفاء وكلامنا هكذا فكان المرتهن قد استوفى فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية

وعلى ما نحن فيه

في الجناية كذلك وقوله على قدر ارش جنايته لان المستحق انما يستحق عوضا عما فات عليه فلا بد
من ان يقسم على قدر المعوض وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية
وقوله وعلى هذا حكم الشجات يعني لو شج رجلا موضحة واخرى هاشمة واخرى منقلة ثم اختار
المولى الدفع يدفع الى صاحب الخمسمائة نصفه لانه له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله
وهي الجنايات المختلفة يعني فجاز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد
منهم وقوله والحق يجب للمقتول جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد
بالنظر الى المستحقين فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه انا لا نسلم ان
المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الى الخلف لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة
وحكما وللميت حكما فقط لانا لا نسلم ان اصل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان
ملك الميت اصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل اولى **قال** فان اعتقه المولى وهو لا
يعلم بالجناية • الاصل في جنس هذه المسائل ان المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان
تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء
لكن يضمن الاقل من قيمة العبد ومن ارش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب
وقوله على هذين الوجهين يعني قبل العلم وبعده وقوله وكذلك في الاقرار على رواية الاصل
يعني اذا جنى العبد جناية فقال وليتها هو عبدك فادفعه او افده فقال هو لفلان الغايب
وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم
تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها اخر الامر الى قدوم الغايب
وان لم يقمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للفدية مع تمكنه من الدفع وقوله
والحق الكرخي بالبيع واخواته في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو
رواية خارجة عن الاصول وقوله واطلاق الجواب يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها
الى آخره وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطاء فانه ينتظم النفس
وما دونه وقوله وكذا المعنى لا يختلف لان كل واحد مال وقوله لانه يزيل الملك لا خلاف في ذلك
وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس بمحتاج اليه ههنا وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار
للبايع ولنقضه بخلاف الرهن على البيع يعني مختارا بهما لان الملك ما زال قبل الشرط بشرط
الخيار واذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مخيرا البيع والبيع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على
البيع كان فاسخا للبيع فلم يكن المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه وبالعرض على البيع مختارا
للفداء واجيب بان ثم ضرورة لم يتحقق ههنا وهي انه لو لم يجعل مختارا وفاسخا هناك لكان تصرفه
واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية واما ههنا فلو لم يجعل
مختارا للفداء وبهذا التصرف لم يتعين بالدفع انه تصرف في الملك الغير فافترقا وقوله بخلاف الكتابة

الوضحة سدس ان له خمسمائة والصاحب الهاشمة للثلث لان له الفا والى صاحب

لا يصير

الفاسدة بانه كاتب المسلم عبده الجاني على حر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت بنفس
العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله فيما ذكرناه
وقيل يعني في اختيار الفداء وقيل في العلم بالجناية وعدمه وقوله ولو ضربه فنقصه يعني بان اثر فيه
حتى صار مجروحا او قلت قيمته ببقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزاء
منه واما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الاقل من قيمته ومن الارش الا ان يرضى ولي الدم ان ياخذ
ناقصا والا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا صار كان النقصان حصل بآفة سماوية وكذا
وكذا اذا كانت بكرا فوطئها يعني يصير مختارا وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزاء
منه وقوله بخلاف التزويج يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن الدفع
عن البيع وعلل المص بقوله لانه عيب من حيث الحكم وذكر لا يثبت به اختيار الفداء كما لو اقر
عليها بالسرقة عالما بالجناية فان هذا الاقرار يدخلها في نوع عيب ولكن لما كان حكميا لم يثبت
به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى بن ابان حيث قال التزويج تعييب بالعيب
يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على ثدييها وعينيها وذكر لان التعييب حقيقة يثبت اختيار
الفداء ولان فيه حبس جزء منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله وبخلاف وطء الثيب فانه لا يصير
المولى مختارا للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله في ظاهر
الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي يوسف ان
مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالمكر وكان الوطء دليلا على امساك العين فان قيل
ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع
وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا اجيب بانه لو لم يجعل فسخا
للبيع وقع الوطء حراما لانه اذا اختار العقد بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا
يستحق زوائدها فتبين ان الوطء حصل في ملك غيره فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا و
ههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولي الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زوائدها فلا
يتبين ان الوطء كان في غير ملكه وقوله وكذا في الاستخدام يعني لو استخدم العبد الجاني بعد
العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام
لا يختص بالمكر فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة
تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من
قضاء الدين والاسترداد والرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل
ذلك اختيارا للفداء قوله في الاظهر احتراز عما ذكره في بعض نسخ الاصل ان يكون مختارا في الاجارة
والرهن لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا بالاذن في التجارة يعني لا يكون
به مختارا للفداء لانه اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله وكذا بالاذن في التجارة يعني

لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة
المولى ووجوب الدين لزوم العبد لقصاص له لان الزوماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع
اليه فله ان يمتنع من قبوله قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا وهو عبده
بجناية توجب الدية مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار
للفداء وان فعل ذلك خلافا لزفر لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم
ليس شيء منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا كالمستهدي بالمسند المركوبة
في الكتاب قوله ولنا ظاهر وقوله ولانه حرفه ضمير ليل لحر ومعناه ان المولى حرر العبد على مباشرة
الشرط وهو القتل او الرمي او الشج بتعلق اقوى الدواعي اليه اي الى الشرط والظاهر انه يفعله رغبة
منه في الحرية وهذا دليل الاختيار وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغير ما مثل ان لعبده ان دخلت
الدار فانت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية
فانه علق بها اقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب
الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذكر لا يختلف
بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا وقوله ووجه ذكر يريد
بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق اذا لم يعتق وسرى تبين ان الصلح
اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي
هو الفداء وكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به وانما وقع باطلا لانه كان
عن المال لعدم جريان القصاص بين اطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين ان المال لم يكن واجبا
وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لان الذي كان الصلح
وقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث
شبهة كما اذا طلق امراته ثلثا لم وطئها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء
الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقراره يدل على قصده تعجيل الصلح لان الظاهر من
حال العاقل انه اذا اقدم على تصرف يقصد تعجيله ولا صحة لهذا الصلح الا بجعل صلحا
عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على اعتاق ويجعل المولى ايضا
ايضا كذلك لانه لما رضي بكون العبد عوضا على القتيل كان بكونه عوضا عن الكتابة ارضى وشرط
صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود ولهذا نص على ذلك ورضي به المولى صح فتبين انه اذا
اعتق انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديد ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء و
الصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على حيرتهم في العفو والقتل وقوله
وذكر في بعض النسخ قال الامام فخر الاسلام ذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير
هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن

النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله الى آخر ما ذكرنا يعني وان لم
يعتقه رده الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله وهذا الوضع يرد
اشكالا قيل اي الوضع الاول وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع
العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا بطريق
العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثم ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق
لم يكن فيه حط شيء فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع اي وضع الجامع الصغير في
النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب
هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذكر ههنا من وجوب
القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه
المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان يجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب
الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس
والاستحسان فاندفع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا
لان الحق لها كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا وتبطل به الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها
فيعود ذلك وان بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع القصاص اما ههنا
فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يمنع الجناية لم يمنع العقوبة
هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذكرناه من قبل وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق
يدل على قصده الى آخره وقوله فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية يعني اذا كانت
القيمة اقل من الارش وقوله اتلف حقين واضح وقوله ويمكن الجمع بين الحقين جواب عما يقال
لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان
يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف وارد عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن ايفاء من
الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف وارد عليهما فيضمنهما
به والاصل ان العبد اذا جنى وعليه دين لخيرة المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء
فان فضل شيء كان لاصحاب الجناية وانما برئ بالدفع لانه به توفير الحقين فان حق ولي الجناية
يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومتى بدأ بالبيع في الدين تعذر الدفع بالجناية
لانه تجرد للمشتري المكره ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده
واجبا اجيب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا
وانما يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها ضرورية جزاء فاذا كان مشغولا لا وجب وفيه مشغولا
لم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على مكرهه وان لم يف بالدين تاخر الى
حال الحرية كما لو بيع على مكره المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان لانه

التدافع ٤

لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاولياء نفسها وقيمة
العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر وقوله
بخلاف ما اذا اتلف اجنبي واضح وقوله فلا يظهر في مقابلة الحق يعني حق الدفع لانه دونه اي الحق وفي
الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فرق
بين ولادة الامة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها في ان الولد يباع معها في الاولى
دون الثانية بان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى
ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية التابعة في
الام فيسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية فالدفع او الفداء وذلك في ذمة
المولى لا في ذمتها حتى لم يصر المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او استخدام وانما
يلزمه فيها اثر فعل الحقيقي المستوي وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع
وقوله والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية بناء على ان الوصف الحقيقي في محل لا
يمكن ان ينتقل الى غيره واما الوصف الشرعي فهو امر اعتباري يتحول بتحوله واعترض بوجهين احدهما
لا نسلم ان دين الامة في ذمتها فان المولى اذا اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كما لو قتل
مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ما ذكر ثم لو كان صحيحا لما سرى اثر الدفع الى الارش استحقت
بجناية جنى بها عليها جان ووقعت اليها بطريق الاولى لما ان ولدها جزؤها وارشها ليس كذلك فلما لم
يسر الى جزئها لكونه اثر فعل حقيقي كان اولى ان لا يسري الى ما ليس بجزء منها واجيب عن
الاول بان وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا
واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والا لوجب عليه ايفاء الديون لا ضمان قيمة
العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين
ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع
موجود في صورة النزاع فلا اعتبار لان الاتلاف هناك للاتي محل لا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف
صورة التقصير فان قلت اذا كان تخصيص العلة قلت تخلصه معلوم وعن الثاني بان الارش بدل
جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء يعوض
قام العوض مقامه كما قتلت واخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا للجزء بالكل
بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء وقوله واذا كان العبد لرجل صورته
المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله وابراء
يعني من كل الدية لا من قسط فيها وابراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير مختارا في
الفداء ان علم بذلك او مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم ولذلك لم يكن سبيل على اخذ العبد بهذا
الاقرار ولا على المولى بشيء ولا على العاقلة الا بحجة وقوله واذا اعتق العبد يعني اذا اعتق عبد معروف

بالرق فقال الرجل قتلت اخاك خطاء وانا عبد او قال الآخر بل قتلته وانت حر فالقول قول
العبد لانه منكر للضمان لان اسناد اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد
معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء واعترض بان العبد على المولى
دفعا او فداء واعترض بان العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر كذبه التاريخ
فينبغي ان يكون القول قوله واجيب بان اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود اصل الاقرار و
ههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقوله كان القول
قوله يعني يمينه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال ومن اعتق جارية
ثم قال لها هذه المسألة ايضا مبنية على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله
الا الجارح والقاتل ان يقول لها جارحة وانت امتي او اخذت منك غلة عبدي وانت ابني وقالت
بل كان بعد العتق فان القول قول الحر الذي هو المولى استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف و
قال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان اقر باخذ شيء منها بعينه
والماخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناء محمد على الاصل
المذكور واجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بانه اقر بيده اي بيد الماخوذ منه حيث اعترف
بالاخذ منه ثم ادعى التمليك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر
بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له وهذا لانه باسناده الى حالة منافية للضمان لانه
يضمن بدلها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب
العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الى
حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما فانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى
وعينه اليمنى صحيحة ثم فقئت يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا وقال المقر له
بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على ان جنس العضو
المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف لم تلزم سقط القصاص بناء على اصل اصحابنا ان موجب العمد
القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فتقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان
بان ذكر فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وقفا العين بالتقرير
لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور واجيب بان المراد وقفا وجب به نوره ولم ينخسف
والقصاص فيه جار وقوله وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن ليس له تعلق بما نحن فيه
من مسألة القطع لكنه ذكره بيانا لمسألة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ
مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت
مني وانا مسلم فانهما على الخلاف كذا قيل فان صح ذكر فوجه قول محمد انه اسند اقراره الى حالة
المعهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه وبنا فكانه

فكانه تداركه بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا تسمع الا بحجة الحاصل ان هذه المسائل على ثلثة
اوجه في وجه يكون قول المولى وهو ما اذا اخذ الغلة او وطئها وفي وجه يكون القول قول المولى وهو ما
اذا اخذ الغلة او وطئها وفي وجه يكون القول قول الجارية وهو ما اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا وهو
قائم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين احدهما
ان الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط التعرض والآخر ان من اقر بسبب الضمان
ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول يخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني
يخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد على الاول وهما على الثاني وقوله وانا اخر العبد
المحجور على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله على ما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين
وقوله لانه غير مضطر في دفع الزيادة اي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة
الضمان باعطاء الاقل من الفداء او قيمة العبد لانه اتلف بامره ما هو الاقل منهما قال واذا
العبد رجلين عمدا كله وانه الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطاء وثلثه
لغير العاقلة من ولي العمد عند ابي حنيفة واصل هذا ما اتفقوا عليه ان قسمة العين اذا وجبت بسبب
دين في الذمة كالغرماء في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق
في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين
ابتداء لا بسبب دين وفي الذمة كمسألة بيع الفضولي وهي فضولي لو باع عبدا انسانا كله
وفضولي لآخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة
بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين
الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه المسألة ثلاثة
ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع
الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بطريق المنازعة
بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف
بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسألة الفضوليين ولابي
حنيفة ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين
يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطاء في عشرة الاف وحق شريكه العاقلة في خمسة
فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة الاف درهم لفلان لرجل والف للآخر مات وترك
الف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب
الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا ذكر هذا الخلاف في بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين
ابتداء وقوله واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما فسره المص بقوله اي قريبا لهما قال الله تعالى و
اني خفت الموالي من ورائي اي الاقارب ويحتمل ان يراد به عبد لهما اعتقاه فعفى احدهما بطل حق الآخر

في القتل المال جميعا عند ابي حنيفة وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى شريكك او افده بربع
الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة والاشهر انه مع ابي يوسف وقال ابو يوسف
ومحمد ان حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شايعا لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له
لان العبد في حق الدم يبقى على اصل الحرية والمولى من دمه كالاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن
مستحقا له بالملك فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شايع في الكل فيكون
نصفه في نصيبه ونصفه في نصف صاحبه فما يكون في نصيبه فقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده
دينا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع
او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله
لمالك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك
نفسه ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل
ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلال كثيرا
والتعويل على المسموع **فصل** لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في
بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية ومن قتل عبدا خطاء فعليه قيمته
لا يزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضى له بعشرة الاف درهم الا عشرة
وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة الاف الا عشرة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو
قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف اخرا وهو قول الشافعي يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب
عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا
وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية وبدل المالية بالقيمة
بالقيمة فالضمان بالقيمة اما ان بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية
ولو قتل العبد المبيع قبل القبض سقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا ان بقي العين او بدلا
ان هلكت وصار كقتيل القيمة وكالغصب واما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح
لجانب المالية على الآدمية لان المماثلة واجب الرعاية والرعاية في ذلك اكثر لان المال وان كثر لا
يماثل النفس ويماثل المال ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى وفيه مسألة الى اصله ووجه الاستدلال
ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطاء حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة
الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بالخلف وفيه معنى المالية حتى ورد عليها الملك بالخلف
والآدمية اعلاها حالا فيجب اعتبارها باحد الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ الكسر ينجبر
الى احدهما جميعا لان الآدمية اصل لقيام المالية بها وفي احداها الاصل احد التابع واحد احدهما اولى
من احدهما فان قيل لا نسلم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما
اجيب بان الجمع الذي يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة ونكر لا يجوز العدول به الى وجه عن الاجماع

الاجماع وقوله وضمان الغصب جواب عن قولهما وكالغصب وقوله وبقاء العقد جواب عن قولهما
ولو قتل العبد المبيع وقوله وفي قتيل القيمة جواب عن قولهما وصار كقتيل القيمة وقوله بان عبدا
بن مسعود وقع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص عنه
عشرة دراهم والاول اصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بان اثر ابن مسعود معارض بما روي
ان عمر وعليا وابن عمر رضي الله عنهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت واجيب بان
المروي عن ابن مسعود ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدى اليه العقل وليس فيما روي
عن غيره ذكر بل فيه قياس سائر الاموال من تبلغ قيمته ما بلغت وكان محمولا على انهم قالوا
بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلعم وقوله لا يزاد على خمسة
آلاف الا خمسة اي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية وهذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية
لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص
ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا قال في بعض الروايات
القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقتل طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى ان قال فلهذا قال لا يزاد
على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسة وقوله لان القيمة في العبد كالدية في الحر
يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية اذ هو اي القيمة بدل
الدم على ما قررنا اشارة الى قول ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى وفيه مسألة الى اصله وقوله وان غصبا
ظاهر قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى صورة المسألة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله في الوجه
الاول يعني فيما اذا كان له وارث غير المولى وقوله لاشتباه من له الحق يعني المستوفي وجهالته يمنع القصاص
وقوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له وارث غير المولى وقيل اي في تعذر الاستيفاء وقيل اي في تحقق
اشتباه من له القصاص ومعناه ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد
تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله واجتماعهما لا يزيل الاشتباه جواب عما يقال
سلمنا ان من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه ان اجتماعهما لا يزيله لان المالكين في
الحالين فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت والوارث بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد
منهما على الدوام في الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا الخلف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر
فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة
استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فانية الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن
اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله على اعتبار
احدى الحالتين وهي حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هي حالة الموت بعد العتق وقوله فيما
فيما يحتاط فيه يعني في الذي لا يثبت بالشبهات فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر له علي الف درهم
من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلفا السبب لان من الاموال والاموال

وفيه الكلام وجوه هذه سنوفي لاجلها اصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره

مما يمنع البذل والاباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب كذا فى الشروح وفيه نظر لان الاحراز بالدار
لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه
بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات او يفسر بالذى لا يجرى
فيه البذل وهو راجع الى الاول وقوله ولان الاعتاق قاطع للسراية دليل آخر وذكر لان الاعتاق يصير
النهاية مخالفة للبداية وذكر يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات
العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة انما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق
وان عمدا فعند محمد لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا ينفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح
بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كما اذا تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغى ان يجب ارش
اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى
تبين ان الجناية قتل لا قطع ولهما انا تيقنا بثبوت ولاية الاستيفاء فى العمد للمولى فيستوفيه لان
المقتضى له وهو للمولى معلوم والحكم وهو استيفاء القصاص متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف
الفصل الاول يعنى ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص الا اتفاقا لان المقتضى له مجهول
لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقتضى له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة ولا معتبر باختلاف
السبب هنا الى فى الفصل الاول وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى فى العمد لان الحكم وهو استيفاء
القصاص لا يختلف وهو فى الحالين لواحد وهو المولى بخلاف مسئلة يعنى المستشهد بها بقوله كما اذا قال
لآخر بعتق من الجارية الى آخره فان الحكم فيها مختلف لان منكر اليمين يغاير منكر النكاح حكما لان منكر النكاح
يثبت الحل متصورا ومنكر اليمين قد لا يثبت ولو اثبتنا لم يكن متصورا فاختلف الحكم كما اختلف السبب وقوله
والاعتاق لا يقطع السراية جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية ومعناه الاعتاق قاطع للسراية
فى صورة الخطاء دون العمد وذكر لانه لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذكر فى الخطاء لان
العبد لا يصلح مالكا للمال فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق وعلى اعتبار حالة الموت
يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص
والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه الى الغرماء انه لا وارث
له سواه فلا اشتباه فيخلص له الحق والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى
ثم مات لا يزيد على اربع لانه اما ان قطع عمدا او خطأ فان كان الاول فاما ان يكون للعبد وارث سوى
المولى او لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص للجهالة المقتضى له
والمقتضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثانى فالاعتاق يقطعها بالاتفاق
سواء كان له وارث او لم يكن فلا يجب القيمة او الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقى ظاهر
قال ومن قال لعبد به احدكما حر ثم تنجزا فاوقع العتق على احدهما اى بين ذلك المبهم بالتعيين
فى احدهما وانما ذكر بلفظ اوقع ليدل به على ان العتق لم ينزل على احدهما فى حق الارش معينا و

معينا وان كان ظهره وقوع العتق على احدهما فى بعض الصور كما فى الموت والقتل فانه اذا قال
احدكما حر فمات احدهما او قتل تعين العتق فى الآخر فارشهما للمولى لان العتق غير نازل فى
المعين والشبهة تتعارض فى المعين فبقيا مملوكين فى حق الشبهة فيكون ارشهما للمالك ولو قتلهما رجل
يجب دية حر وقيمة عبد لا قيمة عبدين ولا دية حرين والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم فى
احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف فى اصول الفقه ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط
صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما فتعين العتق فيه لا يصح والظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو
كان من كل وجه لما اجبر اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق والعبد بعد الشبهة محل للبيان فاعتبر
انشاء فى حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة
عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجلا والاصل فى هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا
او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من
وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما
يجب دية فى حال وقيمة فى حال فيقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما
اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر
يوجب الدية وليس احدهما اولى من الآخر فيلزم نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد
منهما وان كان الثانى فقد تعينت الحرية فى المقتول بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية
الثانى للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل
واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق فى حق العين كان
كان غير نازل وانما هو نازل فى المنكر ولا يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لمنكر المنكر فيجب على كل
واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين فى المبسوط ان ذلك للمولى او لورثتهما و
قيل هذا والاول سواء والنصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق فى
حق المولى ثابت فى احدهما فله يستحق بدل نفسه فيتوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر
ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثانى فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثانى دية
الثانى لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر مما ذكرنا ان ما ذكره المصنف فيما اذا كان قتلهما معا سواء
كان القاتل واحدا او اثنين وقوله ولان القياس معطوف على ان قوله والفرق ان البيان انشاء
ووجهه ان القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول لانه لا يفيد فائدة العتق من اهلية الولاية
للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به فى الشرع وانما صححناه ضرورة صون التصرف
واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان بتعيين المبهم فى احدهما بعينه فيتقدر
بقدر الضرورة وهى نفس الانعتاق لا محل العتق دون الاطراف لانه اذا صار محلا لتبعا فيعتق العبد
مملوكا فى حق الاطراف على اصل القياس قال ومن قطع عبدين مملوكين هذه المسئلة

تسمى تسليم الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي في كونه مقاسا على ما اذا قطع يدي حر او
مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه او فقاء احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة
في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وهو متقرر عليه سابقا بالاجماع فان
الشارع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها اولى باعتبار المالية
فيها لانها يستكثر بها مستكثر الاموال واذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات
وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات فكان اتلافا في الاطراف كاتلافا في الذات من وجه بتفويت
جنس المنفعة وقد وجد اتلافا في النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة فيجب الضمان والضمان يتعدد
بقيمة الكل واداء قيمة الكل يتنافى تمكن الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقاء
عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وكذا في عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك
وفي قطع احدى اليدين وفقاء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة حتى يصير
بمنزلة اتلافا في النفس ولما فرغ من الاستدلال على الثاني في شرح في الاستدلال لبعض اصحابنا
فقال ولهما اي لابي يوسف ومحمد ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي
ذكرناه وهو قوله وقالا ان شاء امسك العبد الى آخره وبين الله زمه بقوله كما في سائر الاموال
فان من حرق ثوب غيره حرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان
شاء امسك الثوب وضمنه النقصان ولان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير
مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا لو جرح وهو واضح وقوله ثم من احكام الاولى
اي الآدمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والغايات من الطرف
بل يكون بازاء الغايات لا غير كما في فقاء عيني الحر ولا يتمكن الجثة وقوله ومن احكام الثانية
اي المالية تنقسم اي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة كما في حرق الثوب فوفرنا
على الشبهين حظهما من الحكم يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي ان لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء
الغايات لا غير وبالنظر الى المالية ليس له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك الجثة كما انه
ليس له ذلك في المال وفيما قالا الغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق وفيما
قاله الشافعي الغاء لجانب المالية اصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه فوفرنا على الشبهين
حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء امسك ولا شيء
له نظرا الى الآدمية **فصل في جناية المدبر وام الولد** لما ذكر باب جناية
المملوك والجناية عليه تقدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط
رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد غير ان ام الولد احط رتبة ايضا من المدبر فذكر اللام
حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى ايضا فالانوثة والانحطاط
في اسم المملوكية اوجبا تاخير ذكرها عن ذكر المدبر قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن

ضمن المولى جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح
رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وقضاياه ظاهرة بين الصحابة وكان
حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه احد فحل محل الاجماع ولانه صار مانعا من تسليمه كما ذكره
في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع
من المولى في اكثر من القيمة وقوله ولا تخيير بين الاقل والاكثر واضح وقوله ويتفاربون بالحصص
فيها اي في القيمة ويعتبر قيمة كل واحد وحال الجناية عليه قال في النهاية وصورته ما ذكره في
المبسوط وقال واذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته الف درهم ثم زادت قيمته الى الفين ثم قتل آخر
خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه الفا درهم لانه يفتدي
بقيمته الفان ولو لم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم من هذا
لولي القتيل الاوسط خاصة لان ولي الاولى انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو
الف درهم فله حق له في الالف الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف
الاولى بين ولي القتيل الاول وبين الاوسط لانه لا حق في هذه الخمسمائة لولي القتيل الثالث
وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فينقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول
بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه الالف والخمسمائة الباقية بينهم
جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة آلاف
الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار ما خص فله يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما اخذ
في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فينقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله فله شيء عليه اي على
المولى لانه ما لزمه اكثر من قيمة واحدة بجنايات وهو يجب على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله
وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار اي فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى
بنصف القيمة في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين انه كان متوزعا عليه زيادة على مقداره
وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه ليس بجان
في الدفع لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار
كما اذا دفع بالقضاء لانه فعل بنفسه غير ما يأمره القاضي به لو رفع اليه فيكون القضاء وغير
القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولابي حنيفة ان كل واحد من الدافع والقابض
جان اما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجناية الثانية ظلما واما القابض وهو
ولي الجناية الاولى فبقبضه حق ولي الجناية الثانية ظلما والرجوع على الجاني جابرا فيخير في
الرجوع ويبين ذلك بقوله وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشاركه ولي الجناية
الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت الثانية كالمقارنة
للاولى في حق التضمين لابطاله اي لابطال المولى ما تعلق به من حق ولي الجناية الثانية وذلك

لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذكر في حق اولياء الجنايتين سواء
فيجعل كان الدفع كان وجوب الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى احدهما جميع القيمة بغير قضاء
كان للآخر الخيار وكذا ذكر هنا وقول عملا بالشبهين يعني لما عملنا بشبهة التأخر في ضمان الجناية
حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان نعمل بشبهة المقارنة في حق تضمين نصف الموفوع
وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني
ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه يجبر بالدفع عملا بشبهتي المقارنة والتأخر وقوله واذا
اعتق المولى المدبر الماذون واضح

باب غصب العبد والمدبر والمعتق و الجناية في ذلك

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر
حكم من يلحق به قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل • ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد
ان قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع
فيصير كانه ملكه بالقيمة سماوية فتجب قيمته اولا ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت اضافة
الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف لا يكون مستردا واذا استولى عليه وملك استرداد
فيبرأ الغاصب عن الضمان واعترض الامام تاج الاسلام بان هذا مخالف لمذهبنا لان الغصب لا
يقطع السراية ما لم يملكه البدل على الغاصب بقضاء او رضى لان السراية انما تنقطع به باعتبار
تبدل الملك وانما يتبدل الملك على الغاصب اما قبله فلا قال نص عليه في آخر من الجامع والباب
من جنايته الا اذا انما يضمن الغاصب هنا قيمة العبد اولا لان السراية وان لم تنقطع بالغصب
ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان
الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى
باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة و
الثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر
عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما
ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجب الرفع لكونها عدوانا
لا مفارضا ولا مرجحا وقوله واذا غصب العبد المجدوع عليه واضح وقوله مؤاخذ بافعاله يعني
في حال رقه واما في قوله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب
به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله ومن غصب مدبرا واضح وقوله
من غير ان يصير مختارا للفداء لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر في
المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنايته فانه لا يخلو من قيمته ومن
الارش كذا هنا وقوله فيصير ظاهرا وقوله فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب اي
بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع

ثم به اذا ملك العبد

فيه

فدفع الى ولي الجنايتين كان للمولى ان يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله ويدفعه
ويدفعه اي النصف الماخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك اي بالمدفوع الى
ولي الجناية على الغاصب وهذا اي هذا الدفع والرجوع عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له اي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان الذي يرجع به المولى على
الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يؤدي الى اجتماع البدل و
المبدل في ملك رجل واحد وكلاهما يتكرر بالاستحقاق والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب
يدفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل
في ملك شخص واحد ولهما ان حق الاولى في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما
انتقض حقه بمزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا اخذه اتماما لحقه
واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب
واعترض بان الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاولى في جميع القيمة والجواب ان المقارنة
جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة
من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع قال وان كان عند المولى فغصبه رجل •
هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد بينهما
وبين المسئلة المتقدمة انه متى دفع النصف المقبوض من الغاصب الى ولي الجناية الاولى لم يؤد
الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما اخذه المولى من الغاصب
بدلا عاد فدفع الى ولي الجناية الثانية دون لان الثانية هي الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا
عاد فدفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله ثم وضع يعني ان محمدا وضع في الجامع
الصغير هذه المسئلة في العبد بعدما وضعه في المدبر وكلام فيه واضح وقوله ومن غصب مدبرا
فجنى عنده جناية كذا ذكره وقوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف يعني قال بعض المشايخ في هذه
المسئلة خلاف محمد ايضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما دفع به من القيمة على الغاصب
ولا يأخذ ولي الجناية الاولى ما بقي من حقه وقيل على الاتفاق ويأخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه
وهو نصف القيمة من المولى اذا دفع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير بلا خلاف وكذا قرره فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا
يحتاج محمد الى الفرق بين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن قوله اما في هذه المسئلة فيمكن
الى آخره فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اولا
مرة ولم يبين لوليها استحقاق حتى يحصل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه و
قوله ومن غصب صبيا حرا اي ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق
المشاكلة وهو ان يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه واضح خلا انه يرد على وجه

الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى مدة الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب
فيه موجود واجيب بان المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه وكان
كالحر الكبير والحر الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم حر الكبير اذا نقل
الى هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذكر واجيب بان حكمه ان ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن
التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان
لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا
الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير الحتيد بحيث لا يمكنه حفظ
نفسه قال واذا اودع صبي عبدا فقتله كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع عند صبي
مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فان ينظر ان كان الصبي ماذونا له في
التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل
بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ومحمد الا في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف
يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال
واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تسليم حسن
وقوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق يساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكره في الجامع
الصغير هكذا واما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي
رحمهم الله فالحكم على خلافه في هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن
عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا وقوله وكذا اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع يعني انه
يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع ليثبت في حق غيره ايضا لان
المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح وكل من اتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى
التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله في يد مانعة اي من الايداع والاعارة يعني ان
المودع وضع المال في يد مانعة عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه اودع ماله
في يد تمنع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة مقام نفسه في الحفظ ولم توجد
الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله لانه لا ولاية
له على الصبي فيه نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية المقيم على المقام مقام
نفسه والا لانسد باب الوديعة ويمكن ان يقال ذكر جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي
تسليطا له على الاتلاف فليضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه
تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذكر لا ضمان عليه فكانه قال اقامة غيره
مقام نفسه يستلزم اما ولاية المقيم على من اقام مقامه كما في هذه الصورة او ولاية المقام على نفسه
كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك فايداع الصبي مع الاجنبي وقوله لان عصمته لحقه

غيره

وبيد

لحقه اي لحق العبد يعني لا باعتبار ان المال يعصمه لان عصمة المال انما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى
يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للولي ولاية استهلاك عبده فلا يجوز تمكين غيره من الاستهلاك
فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان
يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اودع الصبي شاة فخنقها
فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذكر بحكم ملكه فلم يوجد التسليط والجواب ان كلامنا فيما لا يملك
المالك فيه من حيث كونه اجنبيا والشاة ليست كذلك وانما لا يملك خنقها من حيث انه تضييع
فكان كالتسبيب وقوله لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون
غيره يعني ان المالك بالايداع عند الصبي اسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في
حق غيره كما كان

باب القسامة

لما كان امر القتيل في بعض الاحوال
يؤول الى القسامة ذكر في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع الاقسام موضع الاقسام
وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر ليقول كل منهم بالله ما قتلته وما
علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرناه وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسان ذوي شرطها
بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء
بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان
ادعى الخطأ ومما سننها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن
القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما سيأتي قوله بتخيير الولي اي يختار من
القوم من يحلفهم وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل
واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز ان باشر القتل بنفسه فيجترئ على
اليمين بالله ما قتلنا وقوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له لمذهبه اي لمذهب الشافعي كذبنا
غيره ان لا يتكرر اليمين وقوله ولان اليمين يجب على من يشهد له الظاهر يعني كما في سائر الدعاوى
فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فاما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي
عند قيام اللوث فيكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضحة وقوله لانه يمين وليس بشهادة يحترز به
عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما ان اللعان شهادة والاعمى والمحدود في القذف ليسا من اهل الادا
وقوله واذا حلفوا قضى على اهل المحلة اي على عاقلة اهل المحلة بالدية في ثلث سنين وقوله تبرئكم اليهود
بايمانها قصته ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل ومحيصة وحويصة خرجوا في التجارة الى
خيبر وتفرقوا لحوايجهم فوجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من خيبر يتشحط في
دمه فجاؤا الى رسول الله صلعم ليخبروه فاراد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال النبي
صلعم الكبر الكبر فتكلم احد عميه حويصة او محيصة وهو اكبر منهما واخبر بذلك قال
ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود قال عليه السلام تبرئكم اليهود بايمانها

سهل

فقالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه قال عليه السلام تحلفون وتستحقون
دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على امر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي بقوله تبرئكم اليهود بايمانها على انه
يمين بعد الحلف والا لما كان تبرئة وادعت قبيلة من همدان وقوله يدل عليه اطلاق الجواب
في الكتاب اي في كتاب الحدود واشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم الى آخره وهكذا الجواب في المبسوط يعني اوجب القسامة والدية
فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه وقوله على اختلاف مضى في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة
وصاحبيه حيث قال ومن لوث قصاصا على غيره بمجرد استحلف بالاجماع الى آخره قال وان
لم يكمل اهل المحلة خمسين واتما اليه اي اتى اليه واصل اللغة يقولون واتاه ولم يذكر الالف وحكم
حكم دبره وذكره وذكر الغنم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه واما اذا نزل من رأسه
الى فيه فليس بقيء وليله على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر وقوله
لانا اعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان وفي بعض النسخ يتكرر وهو تكرار لانه اذا وجب
بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكونه لو وجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان
والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز فان قيل ينبغي ان تجب القسامة اذا وجد الرأس لانه
يعتبر به عن جميع البدن اجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو المتيقن ولانه لو وجبت به
لوجبت بالبدن بطريق الاولى فلزم التكرار وكان ينبغي ان يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ
المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية تستلزم
ان يكون اكثر من القسامتين والديتين ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان على
القطعتين يتكرران في جنين نفسا وقوله والمعنى ما اشرنا اليه يريد به التكرار المذكور في
قوله لان الظاهر ان تمام الخلق ينفصل حيا اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق
ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر
سلامتها واجيب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان
الاطراف يستكثر بها مستكثر الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم
بالصحة قصاص ودية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق
وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجوه ولا
القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به
فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا
هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرق السؤال وربما قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في
الاموال وما يستكثر بها مستكثرها فلان لا يكون فيما هو خطر اولى والصواب ان يقال الظاهر ههنا

ههنا ايضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل
بن مالك وهو قوله عم استهل كاستهلال قومه وهو مدوه قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل
اذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون اهل المحلة سواء كان مالكها
او لم يكن وكذا اذا كان قائدها او راكبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الراكب
والسائق والقائد فالدية لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين
هذه المسألة وبين ما اذا وجد القتيل في الدار فان الدية ههنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء
كانوا ملاكا او لم يكونوا وهناك على الملاك لا على السكان واجيب بانا لا نسلم ان الدية لا تجب على مالك
الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقوله
القائد او السائق او الراكب واما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من
قوله في جواب الكتاب ان القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان
للدابة مالك معروف او لم يكن والفرق ان العبرة في هذا الباب للراي والتصرف والتدبير وذلك
في الدار للمالك لان يده لا ينقطع عنها بالاجارة واما في الدابة فالتصرف والراي والتدبير للمستأجر من بيده الدابة
لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالاتلاف فيكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله وادعت
وادعت بها قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر وقوله ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك
يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله وهو قول محمد يشير الى ان محمدا ليس في هذا القول باصيل
فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف في بين ابي حنيفة وابي يوسف فقال وقول محمد مضطرب
وقال ابو يوسف يعني آخرا وكان قوله اولا كقولهما وما بعده ظاهر وقوله وهو على اهل الخطة دون
المشتري بين الخطة المكان المختط لبناء دار وغيرها من العمارات معناه على اصحاب الاملاك
القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين فانه يخط خطة لتعيين
انصبائهم والضمير راجع الى المذكور اي المذكور وهو وجوب القسامة والدية اي القسامة على اهل
الخطة والدية على عاقلتهم وقوله وقيل ان ابا حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة يعني من ان
الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويجوز ان يكون وجه
تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتيل في دار بين مشتر
وذي خطة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فاوجبا القسامة
على اهل الخطة دون المشترين مع ان كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية
على عاقلته وجه ذلك ان في العرف ان المشترين فقط يزاحمون اصحاب الخطة في التدبير و
القيام لحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما استدام من الدار واجارتها
واعادتها حاجتا وبان فكذا تكون في القيام لحفظ الدار وقوله لما بينا اشارة الى قوله
ان صاحب الخطة هو المختص وقوله ولانه اصيل والمشتري دخيل وقوله لان الولاية

عليهم

هذا الاختلاف

اصحاب

بنى على قول ابي حنيفة ... او خلصت لهم على قول ابي يوسف وقول الزوال من تقدمهم يرجع الى قوله انتقلت اليهم

انتقلت اليهم وقوله او بزاحمهم يرجع الى قوله او خلصت لهم وقوله واذا وجد القتيل في دار كان على
عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احديهما يجب على صاحب الدار و
في الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما ترى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار
انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قوم يحل ذاك على رواية
وهذا على اخرى وحكى عن الكرخي انه كان يوفق بينهما وبقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار
محمولة على ما اذا كانوا قوم غيبا والرواية التي يوجبها على قوم محمولة على ما اذا كانوا حضورا كذا في
الذخيرة والمذكور في الكتاب يدل على انها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا وبرواية فتاوى
العتابي وما بعده الماتن قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل ، اجمعوا على
ان وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لان ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا
فقال ابو حنيفة ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا ولاية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجدا
في واحد ارتفع الخلاف فان كان لاحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده اولى لان القدرة
الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد
فيها قتيل فاما ان يكون البيع باتا او فيه الخيار فان كان الاول فهو اي المذكور وهو الدية ،
على عاقلة البائع وان كان فهو على عاقلة من هي له عند ابي حنيفة وعندهما ان كان الاول
فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير له ودليلهما واضح وقوله ولهذا اي ولكون
ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة صاحب الدار دون المودع
لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل ابي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد
به لانه قد اندرج في دليله وذكر لانه قال ان القدرة على الحفظ باليد الملك اليد والمطلق ينصرف
الى الكامل والكامل في اليد ما كان اصالة وبد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستاجر قيل
ما الفرق لابي حنيفة بين الجنايتين وصورة النظر فانه يعتبر البينة الملك في الثانية دون الاولى
والجواب ان صورة النظر مؤنة الملك وكانت على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ
انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقل العاقلة
يعني اذا انكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة او مستعارة او مستاجرة حتى
يشهد الشهود انها للذي في يده ولا تختلف في ملك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع
ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة لليد لان اليد الحقيقية عنده هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة
ينكر وكذا والباقي واضح وقوله والفنطاء اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين
يشتمل اربابها اي ملاكها وغير ملاكها وقوله وهذا اي الملاك وغيرهم سواء في القسامة على ما روي
عن ابي يوسف ان السكان يدخل في القسامة مع الملاك ظاهر واما على قول ابي حنيفة ومحمد فلا بد
من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال وان وجد في مسجد محلة كلامه واضح سوى

سوى الفاظ نذكرها قوله فعند ابي يوسف على السكان اي سواء كان السكان ملاكا او غير ملاك
وقوله كالشوارع العامة التي بنيت فيها قال في النهاية وانما اراد به ان ما بناه عن المحال اما للطرق
التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون القسامة والدية على اهل المحلة وكذا في السوق
الماني اذا كان من يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه
يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله وقد بيناه يعني
في مسئلة وان مرت دابة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله وان وجد في وسط
الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذكره وكذا ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء
ما دام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار
الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث الماء
في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث او مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين
تجب الدية في بيت المال وقوله على النهر الذي تقدم اراد به قوله قتيل هذا محمول على ما اذا كان
بحيث يبلغ اهله الصوت وقوله لم تسقط القسامة عنهم يعني والدية على عواقلهم وقوله وقد
ذكرناه يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو اوحى على البعض باعيانهم انه قتيل وليه الى آخره
وقوله قد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذي ذكرناه اذا اوحى الولي القتل على جميع اهل المحلة
وقوله فاجلوا عن قتيل اي انكشفوا عنه وانزجروا وقوله لان القتيل بين الظهرين اي وجد بين الظهرين
يعني بينهم والظهر والاظهر بحيثان متحيزين كما في قوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى اي
صادرة عن غنى فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة والا من خصمائه اجيب بانه لتعذر
الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله لان المجرد
الدعوى لا يثبت الحق اي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه اي فيما اوايل
باب القسامة واوله قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم واموالهم
لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر لا يقال الظاهر انهم قتلوه لما علمت غير مرة ان الظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله وان وجد في خباء او فسطاط الخباء الخيمة من الصوف و
الفسطاط الخيمة العظيمة فكانه اعظم من الخباء وقوله فعلى اقرب الاجنبية قيل اخذا اذا
نزلوا قبائل قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم وقوله واذا كان
القوم لقوا قتالا لا يجوز ان يكون حالا اي متقاتلين ويجوز ان يكون مفعولا مطلقا لان لقوا
في معنى المقاتلة وان يكون مفعولا له اي للقتال وقوله لان الظاهر ان العدو قتله وكاسدة الحرب
الى ذكر الفرق بين من وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محل فاجلوا عن قتيل فانه
عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذكر ان القتال اذا كان بين المسلمين و
المشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري ان القاتل من ايهما يرجح احتمال قتل المشركين

حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين و
اما في المسلمين من الطرفين فليس في جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقين مسلمين فبقي حال القتيل
مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتيل اليهم عند الاشكال
فكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذكر لم يكن كذكر وقوله وان لم يكن عدوا فعلى
ما بيناه اشارة الى قوله ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا الى آخره وقوله وقد ذكرناه اشارة
الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف
هو عليهم جميعا وقوله واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله
قتله فلان غاية ما في الباب انه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافي ان يكون المقر
شريكا في القتل او ان يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك حلف على انه ما قتله ولا عرف له قاتل
غير فلان قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة اذا ادعى الولي على رجل من غير اهل المحلة وشهد
اثنان من اهل المحلة عليه انه قتله قال ابو حنيفة لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية
ان يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة
اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة انهم جعلوا خصماء تقديرا للتعزير الصادر منهم وان خرجوا
من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها اما بلوغ الغلام
او بعزل القاضي وقوله وعلى اصلين حذرين يعني الاصلين المجموع عليهما احدهما ان كل من انتصب
خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا
خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية ان يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته
بالاجماع وابو حنيفة جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصما في هذه الحادثة بوجوه القتيل
بين اظهرهم فان السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر رضي الله عنه وانا اخرمكم الدية لوجود القتيل
بين اظهركم وبدعوى الولي القتل على غير اهل المحلة لا يتبين ان هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك
عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم يكونون خصماء لو لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا
ادعى على غيرهم ذات العرضية فتقبل شهادتهم وقول يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس اما
على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم
خاصم او لم يخاصم كما مر واما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء
وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لانهما بعرضية ان يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد
بطلت بتركهما وقوله ولولاه عن ظاهر وقوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في مسئلة وان
ادعى الولي على احد من اهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل
على ان القاتل منهم فتعيين واحد منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله ومن جرح في قبيلة يعني ولم
يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة

العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما ان يصير صاحب فراش حين جرح او يكون
صحيحا حينئذ بحيث يحج ويذهب فان كان الثاني فله ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة
والدية على القبيلة عند ابي حنيفة وعندهما يحبس لا غير عليه وهو مذهب ابن ابي ليلى ووجه قول ابي
يوسف ظاهر ووجه ابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل بالموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص
اعترض بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فانه اذا لم يكن
وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص اجيب بان القسامة والدية وردتا
في قتيل محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلته لم يعلم
جارحه اذا صار صاحب فراش فقتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات
فجعل كانه مات ثم جرح فوجبت الدية والقسامة واما اذا كان صحيحا يذهب ويجيء فهو في حكم التصرفات
لم يجعل كالميت من حين جرح فلذلك ذكر في الدية والقسامة وقوله ولو ان انسانا معه جرح الى آخره حكمه ظاهر
من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى اهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجه القولين فيما قبله من مسئلة
القبيلة وقوله ولو وجد رجل قتيلا في دار لنسلم له ان المص قال فديته على قتلة لورثته عند ابي حنيفة
ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فيجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر او مخالفة بين
الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان تكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان
الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كانت الدية
على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة وعلى الثاني في دليلها وعلى
التقديرين يعود في قوله فالدية على قتلة مضاف اي عاقلة ورثته وما ذكره الكاتب من وجه
المسئلة للجانبين ظاهر واعترض على وجه ابي حنيفة بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة و
انما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب للمقتول حق تقضى
منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلف الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية
على عاقلته ويكون ميراثا له ثم اعلم بانه رحمه الله صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة
في دليل ابي حنيفة اشارة الى ان القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ
فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول ابي حنيفة فمنهم
من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس منهم من يعلم فلا تلزم القسامة ومنهم من
قال تجب لجواز ان يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون فيهم من يعلم بحاله واختياره
المص واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما الطف تخريجه
بل الله تراه ولما استشعر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره كما لنفقة على ما
ذكر اشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الى آخره يعني انما صار دم المكاتب هدرا لان حال
ظهور قتله يثبت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء بل يعتق به ما عليه

صاحب فراش وعدم
صيرورته في ح

واذا كان الوارث على حكم ملكه جعل قتيل نفسه ومن قتل لئن كان دمه هدرا كالحر في الحر فانه حال ظهور
قتله لم يكن الوارث على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل اليه وقت موته فكان كقتيل وجد في دار
غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله ولو ان رجلين كانا في بيت ظاهر وقوله
كما اذا وجد قتيل في محلة يعني ان توهم قتل نفسه فيه موجود فلم يعتبر فكذكر هنا وقوله قال
المتأخرون اي من مشايخنا ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة يشير الى انها لا تدخل
في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا
حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا
تدخل فيه في القسامة بل يجب على الرجال فلا يدخل في العقل ايضا وقوله لانه احق بنصرة ارضه
لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها واحكامها
قال المعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله وكل دية مبتداء وقوله على
العاقلة خبره وقوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء فانه ما يجب منها بسبب الصلح او الابوة فهي
في مال القاتل لا على العاقلة وقوله وقد ذكرناه يعني الدية بتاويل العقل وقوله وكذا الذي تولى
شبه العمد وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله وفي ايجاب مال عظيم اجحاف و
ضرر الاجحاف بقوله واستيصال وقوله انما قصر يعني ان القاتل انما قصر حالة الرمي في التثبت
والتوقف وقوله وتلك اي التقية وقوله كتبت اسامي هم في الديوان الديوان الجريدة من دون
الكتب اذا جمعها الا وتلغ من القراطيس مجموعة ويروى ان عمر رضي الله عنه اول من دون الدواوين
اي رتب الجرايد للولاية والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة
وقوله من عطاياهم العطاء اسم ما يعطى والجمع اعطية والعطايا جمع عطية وهي بمعنى العطاء وقوله
وذكر ليس بنسخ بل هو تقرير معنى جواب عن قول الشافعي ولا نسخ بعده وقوله بالحلف الحلف
بكسر الحاء العهد بين ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله اي ولاء المعاقدة
وقوله والعد هو من العديد وهو ان يعد فيهم يقال فلان عديد بني فلان اذا عد فيهم وقوله
فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاثة اي ثلث سنين او اقل مثل ان تخرج عطاياهم الثلث
في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة
اخذ منهم الدية فيها وقوله لحصول المقصود يعني ان المقصود ان يكون الماخوذ منهم من الاعطية
وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في ثلث سنين او اقل منها وقوله وتاويله
ان اي تاويل اي تاويل كلام القدوري فانه اطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلث سنين
في المستقبل فلا بد من التاويل وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله
اذ كان جميع الدية واضح وقوله ولنا ان التكليف بايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه

لا يقتضيه لان التكليف من حجج الشرع وهي لا يتناقض والشرع ورد به اي بايجاب المال
مؤجلا فلا يتعداه فان قيل هذا ليس في معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو في معناه من
حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التاجيل
للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها وقوله لان الواجب الاصلي المثل لان ضمان المتلفات انما
بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن تسليم النفس بما
فيه من معنى العقوبة المقصودة تحول الحق الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته اي من
وقت القضاء كما في ولد المغرور فان قيمته انما تجب بقضاء القاضي فان كان رد عينه قبل القضاء
متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين
ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب
بالقضاء على ما بينا وقوله وهذا اي قول العدو ولا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة
وينقص منها اشارة الى انه يجوز ان يزاد على اربعة من جميع الدية فاذا اخذ من كل واحد
منهم في كل سنة ثلثة او اربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة او اثنى عشر وليس كذلك
فان محمدا لو اقتصر على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل
واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقوله وهو الاصح احترازا عما ذهب اليه بعض
مشايخنا مما فهم من اشارة كلام القدوري ذكره في المبسوط وقال وذلك غلط وقوله ضم
اليهم اقرب القبايل معناه نسبا قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العربي لان العرب حفظت
انسابهم فامكننا ايجاب العقل على اقرب القبايل للقاتل من حيث النسب اما في حق العجمي فلا يستقيم
لان ضيعوا انسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على اقرب القبايل من القاتل نسبا فبعد ذلك
اختلف المشايخ وقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي
في مال الجاني وقوله فيستوي بين الكل يعني الاباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة
على سبيل المواساة وقوله ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق قيل الفرق بين العطية و
الرزق ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة و
الباقي ظاهر وقوله واو خطأ القاتل مع القاتلة يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان اما اذا لم يكن
فلا شيء عليه من الدية عندنا ايضا كما لا تجب عند الشافعي خلافا لمالك وليس على النساء والذرية
والذرية ممن كان له خط في الديوان عقل كلام واضح وقوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او
امرأة لا شيء عليهما من الدية قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل العاقلة فيما اذا
وجد القتيل في دار امرأة حيث ادخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان
المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا
لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا في لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا

اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة
عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية
فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة
على صبي الى ان قال ولا امراة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل في قرية لامراة عندنا وعند ابي حنيفة ومحمد لا
القسامة عليها تكرر الايمان وذكر تناقض البتة فالجواب ان ذكر مذكور في سياق قوله وان لم يكمل
اهل المحلة كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة ممن بين من الصبي والمراة والعبد لانهم ليسوا
من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها لنفيها لتهمة القتل
فانها تتحقق منها ويتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على جماعة تعلق بالنصرة فمن كان اهلا لها
يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمراة اذا وجبت على واحد تعلق بتهمة القتل فمن
كان من اهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المراة وقوله والفرض لهما من العطاء جواب عما يقال
فرض الامام لنساء الغزاة وذريا تهم من العطاء والعطاء انما يدفع لنصرة اهل الاسلام كما
في حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار
المعونة اي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهما غيرهما وقوله واهل البادية اقرب اليه يعني نسبا
وقوله قيل هو صلة الضمير راجع الى قوله ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة
وقوله من اهل المصر بيان لقوله اهل الديوان اي اهل الديوان الذين هم من اهل المصر وقوله
فهما ونظير مسئلة الغيبة المنقطعة يعني ان الطول الابعد ان يزوج اذا كان الاقرب غائبا
وقوله لا سيما في المعاني العامة كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية وقوله
فالدية في ماله في ثلث سنين اي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة الموجبة للعقل غير موجودة
بين الذمي والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا وخلاف في المسلم فان ديته على بيت المال اذا لم يجد
له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم اي ليس بسبب نصرة
اهل الاسلام اياه وقوله لعدم التناصر لان التعاقل يبتني على الموالاة وذكر ينعدم عند
اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض وقوله والكفار يتعاقلون فيما
بينهم ظاهر الا الفاظا نذكرها وقوله وقوله وعاقلة اهل الكوفة الواو للحال وقوله لكن
حصة القاتل توضع من عطائه بالنصرة يعني وان كان بعد القضاء وقوله خلافا لما اذا قلت
العاقلة متعلق بقوله ما بعد القضاء ومعنا لا يقضى بالدية على عاقلته من اهل النصرة اذا كان
القاضي قضى بديته على قلة من اهل الكوفة خلافا لما اذا قلت لموت بعضهم حيث يضم اليه اقرب
القبائل في النسب ان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء
الى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز الحاق
الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان تقرير الحكم الاول لا ابطاله وقوله ولكن يقضى ذكر اي الابل

والعبد بدل

اي الابل من مال العطاء بان يشترى الابل من مال العطاء قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه
كلامه واضح قوله ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية لان القصاص لا يجب في عمده
ولا يتقدر ارشه قصاصا كقطع الاموال فبقي هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فاما
بدل النفس فيتحمله العاقلة وان كان اقل من نصف العشر الا ترى ان القتيل اذا كانت
مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كانت نصيب كل واحد منهم مائة ودرهم لانها بدل النفس
وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة وخمسون درهما فانه يتحمله العاقلة لان التحمل بدل النفس
ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس
مقدارا لم يوجد في التحمل لا النص ولا علته فيجب في ماله وقوله ولا عبد قال ابو عبيدة
اختلفوا في تاويل قوله صلعم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما
معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في
رقبته ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى
انما معناه ان يكون العبد يجني عليه بقتل حر او بجرح يقول فليس على عاقلة الجاني شيء
انما تلزمه في ماله خاصة قال ابو عبيدة فذاكرت الاصمعي ذلك فانكره فاذا هو يرى القول فيه
قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة جائزا يذهب الى انه لو كان
المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة من عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا ومعنى
قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت
عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها منه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي فذكر
بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل
في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله
ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا
فقوله بعد هذا ولا تعقله العاقلة جناية العبد اضافة المصدر الى فاعله واما اذا جنى الحر
على العبد فقتله خطاء كانت على العاقلة وقوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة
لقصور الولاية عنهم الا ان في الاقرار تخف الدية في ثلث سنين وفي الصلح عن الحد يجب
المال حالا الا اذا شرطا الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله فنفي الثابت بالاقرار اولى يريد
ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة
الدية وانما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى وقوله وتصادقهما حجة في حقهما لان احد المتصادقين
ولي القتيل ومن زعمه ان الدية انما وجبت الا على المقر فاقراره حجة على نفسه وقوله خلافا للاول
اراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال
المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة

تبين

العاقلة فيجب في مال المفوض ورثة فان قيل لما كان اصل الوجوب عليه وقد بزعمه الى
الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا نوى على العاقلة بحكومة عاد الدين الى ذمة الجميل اجيب
بان هذا يستقيم فيما اذا كان اصله دينا لدفع الهوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه
صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فيعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول
اليه بحال سواء استوفى من العاقلة او لم يستوف قوله وقد مر من قبل اي في اول فصل بعد باب
جناية المملوك وقوله قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال
يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم اهل النصرة والنصرة بالولاية وهي
منقطعة بيننا وبينهم والبائن ظاهر وقوله ثم ادبت الكتابة اي فانه حينئذ يرجع قوم الام
على الاب وقوله والاصل الذي يخرج عليه ان يقال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب
حادث لم ينتقل جنايته عن الاولى فتعقل بها العاقلة اولم يتعقل كالمولود بين حرة وعبد اذا جنى
ثم اعتق الاب لا يتحول الجناية عن عاقلة الام لان هنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالي
الام الى موالي الاب وكالغلام اذا حفر بئرا قبل ان يعتق ابوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما اعتق
ابوه فان القاضي يقضي بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذكر شيئا لان الحادث
بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالمكتسب والحفر لو وجد في ملكه ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان
الجناية لا يتحول الى المالك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئرا في
طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل ان يقع فيها انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان
فمات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث
بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت
الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكما اذا مات المكاتب
عن ولد حر ووفاء فلم يؤد وما كاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم
والمكاتب لرجل من عدنان فعقل عنه جناية قوم امه ثم ادت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون
بما ادوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند اداء البدل يستند الى حال صيرورته فتبين انه
كان للمولود ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالي ابيه فلذلك يرجعون
على موالي الاب ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كما اذا لاعنا في ذكر لوقت
القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة
واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا قالت العاقلة
بعد القضاء عليهم وبعد اخذ البعض منهم ضم الينا اقرب القبايل نسبا وقد تقدم وقوله
الا فيما سبق اداؤه استثناء من قوله اشتركوا يعني لا يشتركون فيه بل يتبع ذكر من الدين ادوا قبل
ضم اقرب القبايل اليهم

كتاب الوصايا

في صفة الوصية

في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب وما يكون رجوعا عنه ايراد كتاب الوصايا
في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الادمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت
الموت والوصية معاملة وقت الموت له زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما ان
الجناية قد تنتهي الى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم لمعنى المصدر ثم سمي المو
وصية وهي في الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع وسببها سبب التبرعات
وشرايطها كون الموصي اهلا للتبرع ولا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان
لم يولد واجنبيا عن الميراث وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئا قابلا
للتمليك من الغير يعتقد من العقود حال حيوة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان
يكون بمقدار الثلث وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة
فيها واما حكم الوصية ففي حق الموصى له ان يكون الموصى به ملكا جديدا كالهبة وفي حق الموصي
اقامة الموصى له فيما اوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتها ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة
قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض
ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويستدل لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر
احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض والامر يفيد الايجاب
من نفي الوجوب قال وهي مستحبة والقياس ينافي جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال
مالكيته ولو اضاف الى حال قيامها بان قال غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسنا الجواز
لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب وقوله ومثله في الاجارة بيناه في انها عقد ينافي
القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس
وقوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس وقوله وقد نطق بها الكتاب وهو
قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين الى آخر ما ذكر بيان لوجه الاستحسان وقد استدل ابو بكر
الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية بهذه الآية وقد ذكر الامام
المحقق فخر الاسلام في اصوله وقررناه في التقرير بان انه تعالى رتب المواريث على وصية منكرة
والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث
لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض
للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل تبقى بعد اي
وصية كانت نصيبهما ذكر المقدار وذكر يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا
انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر الامام فخر الاسلام بوجه آخر وقد قررناه
في التقرير ويستدل له بالسنة ظاهرة وقوله وعليه اي على جواز الوصية اجماع الامة وقوله لما
روينا اشارة الى قوله عليه السلام بثلث اموالكم من غير تقييد باجازة وقوله وسنبين

حي به

الى الله

ملكتكم

ما هو الافضل فيه اى فى فعل الوصية او فى قدر الوصية ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام
فى حديث سعد بن ابى وقاص وهو ما روى محمد بن الحسن فى كتاب الآثار قال اخبرنا ابو حنيفة
قال حدثنا عطاء بن السايب عن ابيه عن سعد بن ابى وقاص قال دخل النبى صلى الله عليه وسلم يعودنى
فقلت يا رسول الله اوصى بمالى كله قال لا فقلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال
الثلث والثلث كثير لان تدع اهلك يتكففون الناس وفى صحيح البخارى انك ان تدع ورثتك
اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وقوله وهذا لانه ظاهر والضرر البارز فى قوله لم يظهر
والظهر كالمستغنى وقوله كحز اعما ينتو من الايثار اى احرازا عما يوجد من تاذى البعض وتقطيع
الرحم بسبب ايثار البعض على البعض على ما يبين عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه وقد جاء فى الحديث
الحيف فى الوصية روى بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروى الجنف بالجيم والنون
المنتو صنفين وهو الميل وقوله الا ان يجيز الورثة استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث
وقوله لان الساقط متلافى بشر دليل قوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم
فى ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية
فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه فى حال حيوة المورث فان قيل لا نسلم عدم مصادفة
المحل فان حق الورثة ثبت فى مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف فى الثلثين فلما
مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد واجاب
بقوله غاية الامر يعنى ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر فى حق القائم
يعنى كما فى العقود الموقوفة اذا الحقتها الاجازة وكثبوت الملك فى الغصب عند اداء الضمان
فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعنى ما نحن فيه من الاجازة
قد صفى وتلاشى حين وقع اذا لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله ولان الحقيقة
دليل آخر وتقريره حقيقة الملك للوارث يثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله بحق الملك
فلو اسند ملكه الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة وذلك باطل لو قوع الحكم قبل السبب
وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال
المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث فى الثلثين فيجب ان يظهر اثر
ذلك التعلق فى حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه ذلك انه لو ظهر اثر ذلك التعلق فى ذلك
ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفى عن جارح
ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان اللازم من الاستناد من كل وجه قلب
الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب
والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثم لان السبب هو مرض الموت
هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين

بين امرين اما ان نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى
وجود الحق وفى ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا
الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله والرضى ببطلان الحق لا يكون رضى ببطلان
الحقيقة جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات
وفيه لا رجوع لكم فيها ووجهه انه قد عرف ان ثمة حقا وحقيقة وانما رضى ببطلان الحق
لا ببطلان الحقيقة لان الرضى ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله وكذا
ان كانت الوصية للوارث ظاهر وقوله وكما جاز باجازة الوارث تملك المجاز له من قبل الموصى
ذكره تفريعا على مسئلة القدورى وجه قول الشافعى ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال
مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته يكون اخراجا عن ملكه
بغير عوض وتمليكه لا يتم الا بالقبض ولنا ان الموصى صدر منه السبب ثبت منه الملك وكل ذلك
ظاهر فالموصى له يتملك من الموصى وقوله والاجازة رفع المانع جواب عن جعل الاجازة اخراجا
عن الملك يعنى ان الاجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وانما هو رفع المانع وقوله وليس من شرط
القبض رد الكل نهاية فكانه يقول لو كان حقيقة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن
فيه كالمرتهن اذا اجاز بيع الرهن فى كون السبب صدر من الراهن والملك للمشترى يثبت من
قبل واجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان اجاز الوصية فى مرض موته كان من
ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته واجيب بان الوارث كان له حق الحفظ
بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفايدة تظهر فيما
اجاز فى مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر
الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث لانفكت عن الاحكام لكون
الاجازة حينئذ قال ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا • لا يجوز الوصية لمباشر القتل
عامدا كان او خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخر اليه فتحرم الوصية
كما يحرم الميراث ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما فى الرق واختلاف الدين
واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مخافة الورثة متساهمة قاتل ابيهم فى تركة والموصى له
يشاركه فى هذا المعنى فجاز القياس عليه بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل المنعى
عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا غير جار وسلوك طريق الدلالة اسهل وقال الشافعى فى يجوز الوصية
للقاتل مطلقا لانه اجنبى عنه فصحت له كما صحت لغيره وعلى هذا الخلاف بيننا وبينه اذا
اوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه فى الفصلين يعنى فيما كان
القتل قبل الوصية او بعدها ما بيناه يعنى من الحديث فانه بالملاقة لا ينفصل بين تقدم الجرح على
الوصية وتاخره عنها ومن المعقول الذى ذكره واعترض عليه بان ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية

واما اذا كان الجرح قبلها فلا استحالة ثم اجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية
لما ذكر شيخ الاسلام ان المعتبر كون الموصى له قاتلا او غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم
الوصية نبا النظر الى وقت الموت كان الموت موخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بانه ما ذكرتم لو صح
بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل واجيب بان عتقه
من حيث ان موته جعل شرطا للعتق وقد وجد ولكن يسعى المدبر لاجل قيمته لان تعذر الرد من حيث
الصورة لوجود العيب الذي لا يقبل الرد غيره من حيث المعنى باجاب السعاية والجارت الورثة الوصية
للقاتل جاز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف رحمهما الله لا يجوز لان جنايته باقية او الامتناع لاجلها ولهما
ان الامتناع لحق الورثة الى آخر ما ذكره في الكتاب فان قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث اذا اجازت
الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما
كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه جهة الشرع لا صنع للعبد فيه
فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله ولانهم لا يرضونها اي الوصية للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم اي احد
الورثة وفي الوصية لاحدهم ان اجازها البقية نفذت فكذا القاتل وقوله ولا يجوز لوارثه اي لوارث
الموصي لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتاذى البعض
الى آخر ما ذكره الكتاب وقوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص
بعض اولاده في العطية وقوله يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت ذكره في فتاوى قاضي
خان ولو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا
يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت
لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه و
بطلت الوصية للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله واقرار المريض للوارث على عكس اي
على عكس الوصية بناء على الايصاء او المذكور اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت
ذكره في النهاية ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذكر اذا كان كونه وارثا
بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك بمرض اقر لابنه
العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار لانه وراثة ثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله عبدا
وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى فصل للاول وهو اجنبي فلا تبطل بصيرورته الابن وارثا
بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا
لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره فصل لوارثه وذكر باطلا هذا حاصل
ما ذكره الشارح واري ان اطلاق المص يغني عن ذكر التطويل وذكر لانه قال يعتبر الاقرار المريض لوارثه
كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا
فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل وقوله الا

وقوله الا ان تجيزه الورثة استثناء من قوله ولا يجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه
من قوله صلعم الا لا وصية لوارث وقوله ولان الامتناع لحقهم اي لحق الذي هو تاذيهم باينار البعض
دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما اذا اجازوا
او لم تجيزوا لانه لا حق لهم في الثلث كما في الوصية للاجنبي وقوله ولو اجاز بعض ظاهر قال
ويجوز ان يوصي المسلم للكافر ووصية المسلم للكافر الذمي وعكسه جائزة اما الاولى فلقوله تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية نفى النهي عن البر اليهم والوصية لهم بر اليهم
وكانت غير منهية واما الثانية فلما ذكره في الكتاب واما الوصية لاهل الحرب ففي رواية الجامع
الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير انه ذكره في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم
ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل يثبت الملك لهم لانهم اهل الملك واما
وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بامان فانها جائزة لان له ولاية تمليك ماله في حيوته فكذا بعد وفاته
خلافا لزفر فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين
لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربي ليست كذلك وقوله وقبول الوصية بعد الموت على ما ذكره
في الكتاب ظاهر والقبول ليس شرطا لصحة الوصية وانما هو شرط لثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه
بالميراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتمليك الغير فاعتبر كل شبه
في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول
فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول
فقد ذكر في الكتاب ان الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا او قبلوا في الاستحسان
وقوله ويستحب ان يوصي الانسان واضح وحاصله ان التقليل في الوصية افضل واليه الاشارة في قوله
صلى الله عليه وسلم انك ان تدع عيالك الحديث ومعناه ورثتك اقرب اليك من الاجانب فترك المال
لهم خير من الوصية وهو مروي عن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما قالا لان يوصي بالخمس احب الينا من ان يوصي
بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث والكاشح العدو الذي ولى كشحه وهو
ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق
افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها وقوله والموصى به يملك بالقبول واضح وقد
تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله ولا يرد الموصى له بالعيب صورته ان يشتري المريض شيئا
ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بايعه ولا يرده عليه بعيب صورته ان يوصي
بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له ولو كان
ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعا كما في الوارث وقوله
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية
لمنفعة الموصى له ولو اثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه

نفقته بلا منفعة تعود اليه وامثال ذلك كثيرة وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله والموصى به
تملك بالقبول يعني الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله لان الدين مقدم على الوصية
يعني في الحكم فان قيل هذا التقديم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء الى الفرائض قال ولا تصح وصية الصبي كلامه واضح وقوله ولو لم
ينتقد يبقى على غيره يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على تنسم فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى
والدرجة العليا ولو لم ينتقد يبقى ماله على غيره فكان الوصية اولى وقوله والاثر محمول على انه كان قريب
العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير وهذا يسمى بالغا مجازا تسمية الشيء باسم ما كان
عليه او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وروي بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم
وانه اوصى لابن عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه بالغا مجازا او تكون الوصية في التجهيز وامر
الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى النافي حقيقة فيجوز ان يكون الراوي نقله
بمعناه وقوله انه اوصى لابن عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه قال الطحاوي
والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لان رواية عمرو بن سليم لم يلق عمر وعندنا
المرسل وان كان حجة لكن هذا مخالف لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلث وفيه نظر لان المراد بالقلم
التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانها
تدل على ان الصبي ممنوع من ماله وقوله ولو تحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى
تنسم في نيل الزلفى وقوله كما بينا اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب
الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك والثواب او مساويهما فيه وقوله والمعتبر في النفع
والضرر تنزل في الجواب كانه يقول سلمنا ان بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر
في النفع والضرر هو النظر الى اوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة الا يرى ان الطلاق لا يصح
منه وان امكن ان يكون نافعا بان يطلق امراة معسرة شوكا ويتزوج باختها الموسرة الحسناء
تكون وكر من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من اهله وقوله تحلل في العبد او
المكاتب اذا اعتقت ثلث مالي وصية تصح لان اهليتهما مستحقة اي تامة والمانع حق المولى فتصح
اضافته الى حال سقوط المانع وقوله ولا تصح وصية المكاتب يعني تنجيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة
كما مر آنفا وقوله والحلف فيها معروف عرف في موضعه يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من
ايمان الجامع الكبير وما عرف ثمه وهو ان المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق
فملكه لم يعتق عند ابي حنيفة وعتق عندهما لهما ان ذكر الملك ينصرف الى المنكر قابل كامل للاعتاق وهو
ما بعد الحرية ولابي حنيفة ان للمكاتب نوعين من الملك احدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر
وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله وتجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت
بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم انه ثابت موجود

موجود في البطن وقت الوصية له او به وموقوفة ذكر بان جاءت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية
على ما ذكره الطحاوي واختاره المص وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي من وقت موت الموصي على
ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث واختاره صاحب النهاية اما اولى وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف
من وجه لانه يجعل خليفة في بعض ماله بعد موته لا انه يملكه في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا
فكذا وصية لكونها اختين فان قيل لو كانتا اختين لما جاز ردها كما لم يجز رده اجاب بقوله الا انه
اي فعل الوصية او الايصاء يرتد بالرد لما فيه من التمليك دون الميراث لعدم ذكره فيه وقوله خلاف
الهبة متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل يعني ان الهبة للحمل لا يصح لانه تمليك محض والجنين ليس بمحل
لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض ولا قدرة لاحد عليه للملك شيئا يحصل الملك فيه بالقبض
اما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل يعرضه الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية
فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده
وقت الوصية لا محالة ولقائل ان يقول في كلام المص تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد ان
يصير موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب ان معنى قوله بعرض الوجود يعرض وجوده يصل
لوروده القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله وبانها
اوسع الى آخره واضح وان احتاج في ذلك تناقض تهذيب سعيه لاثبات الوجه لجواز الوصية و
توضيحه للجواز بصحتها في غير الوجوه فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله ومن اوصى بجارية يعني
قال اوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صح الوصية والاستثناء جميعا لان اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من
الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال
كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذا الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل
فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار
تعزير مالك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان الفرس فان الفرس الا فرسا فان الوصية
في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تعزير مالك في الفرس لا باعتبار جزء من المستثنى منه
فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نسلم ان اسم الجارية لا يتناوله الحمل فانه لو لم يستثن استحقه
كغيره من اموالها اجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله بالعموم لكن يستحق
اذا اطلق الموصى عن قيد الافراد فاذا افرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت اللام بالافراد فصحت
الوصية بها مفردة وقوله ولانه يصح قد ذكره في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
الرجوع عن الوصية جائز لوجهين احدهما انه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصي والتبرع التام
كالهبة جاز الرجوع فيه فيما لم يتم اولى والثاني ان القبول يتوقف على الموت والايجاب المحض
يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع اولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو ان يقول

رجعت عما اوصيت به لفلان وقد يكون دلالة ولا انواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط على
جامعة واضحة وقوله وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكر محمد اعلم ان محمدا رحمه الله ذكر في
الجامع ان جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور
في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت
اليه اذا صح الانكار والانكار على الغايب لا يصح لانه من باب المعارضة المنتفية معارضا
والمذكور في المبسوط في المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات
كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود المطلق
فان قال فيم اذا اوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم اشهدوا اني لم اوص لفلان لا يقبل
ولا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم اوص لفلان طلب شهادة الزور منهم
فيكون معناه تداوصيت لفلان بكذا الا اني سألتكم ان تشهدوا لي بالباطل وطلب شهادة
الباطل لا يكون لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود المطلق وهو رجوع
على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول
ابي يوسف قال شمس الائمة السرخسي هو الاصح لان العلي قال في نوادره سألت ابا يوسف
عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا فقال لا يكون الجحود
رجوعا وهو مختار الخصاف والمستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي
والحال واذا كان نفي الحال رجوعا فنفي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود
وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في
الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت ما لم يغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا
في جحوده اذ الغرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو
الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا
في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل وقوله ولان الرجوع
اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي دليل لمحمد وتحقيقه ان احدهما مركب من
النفي والاثبات والآخر محض النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا الكس ايضا وفيه نظر من
وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة
ذلك وهنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون
الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الغاء والجواب
عن الاول ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة
لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان و
التضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الاصول والتقرير ولهذا لا

ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في
الماضي والطلاق يقتضي وجود نكاح متقابلين فلا يجوز استعارة احدهما للآخر وقوله كما لو وصيت
اوصيت بها واضح وقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك
وانما جعل تذكر الوصية بعينها لغيره وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله قد ذكرنا حكمه
يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان اجازوا جاز والا فلا والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل
الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب
بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ومن اوصى بثلث ماله
لرجل ثم اوصى لآخر ايضا بذلك فالورثة اما ان يجيزوهما او لا فان اجازوا فلهما الثلثان
ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا تزاد على الثلث حينئذ وليس احدهما
اولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق
فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن جعلين اقاما البينة على نكاح امرأة بطل السببان
جميعا وقوله وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس واضح وقوله ولا يضرب الوصيان
اي لا يجعل من ضرب في ماله سهما اي جعل ومفعول لا يضرب محذوف اي لا يضرب شيئا وصورته
المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما
لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فاذا حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة و
الكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث
فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له بالآخر بحسب
وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى
له بالالف في اكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف
وقيمة الآخر الفان ولا مال له غيرهما وان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم تجيزوا عتقا
من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان
ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورته الدراهم المرسلة اي
المطلقة هو ان يوصي لرجل بالفين والآخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم تجز الورثة
فاذ يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها مصححة
لجواز ان يكون له ماله مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل
بثلث ماله ولآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج
له مال آخر تدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث لهما في الحالة فيه وهي ما اذا اوصى لاحدهما
بجميع ماله وللآخر بثلثه ال الموصى قصد تنجيز الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث وتنفيذ

بالسدس صح

وتفضيل بعض اهل الوصايا على بعض وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل
فيثبت كما في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة ان الوصية وقعت بغير المشروع
وحاصله ان التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه كالمحاباة
الثابتة في ضمن البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذكر تيسا
نكذ ذكر هنا لكن في مواضع الاجماع يعني المحاباة واختيها وهو واضح وقوله كما لو اذا اوصى
بعين من تركته صورة نقض ترد على المسائل المجموع عليها وقوله وان احتمال ان يريد هذا المال
ويخرج من الثلث يعني بان كان عبدا اوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم
يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمال ان يكتب هذا العبد ما لا فيصير قيمته
مساوية لثلث المال وقوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت
الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة ايضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث
فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين كما لو الف الرسالة ولهذا لو هلكت
بينهما فيما يستفاد فلم يتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال ولو اوصى
بنصيب ابنه ومن اوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت وان اوصى
بمثل نصيب ابنه جازت كان له ابن او لم يكن لان الاولى وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه
بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز واما وصيته بمثل نصيب الابن ومثل غيره وان
كان يتقدر به وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له في
ذلك الحال لكونه حيا بعد والمالك ان يتصرف في ملكه كيف يشاء وجوابه ما قلنا وهو قوله لان
الاولى وصية بمال الغير قوله ولو اوصى بسهم من ماله معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه
فان قيل اخس الانصبا ما قله والثمن اقل من السدس فكيف جعله من السدس قلت جعله
بمعنا ما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة اما الاثر فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد
رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى ان السهم هو السدس واما اللغة فان اياس بن
معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم ان عبارة المشايخ و
الشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف
رواية المبسوط والجامع الصغير حال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة النقصان
من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس
ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المص تخالف كل واحد منهما لان قوله الا ان ينقص
عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع
الصغير فاما ان اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما وقال له مثل نصيب احد
الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة ومغزى عبارة العرف فان السهم يراد به احد

او يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

بيان حق تعلق بعين التركة

الشيء

احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن فينصرف اليه الا اذا اراد الاقل على الثلث
فيزاد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة ولابي حنيفة ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال
من اثر ابن مسعود رضي الله عنه وقول اياس بن معاوية وقوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل
وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض
الشارحين فقال يعني ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا ان
السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم
من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان في مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من
السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد
عليه وان وان كان مراده السدس فانه عمل بالدليلين واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما يؤدي
الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا
ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم
بقول اياس وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس
واذا ان المراد بقوله ما ذكرنا هو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى
رواية المبسوط وهي ما ذكرناه من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان
المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية
واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وان كان ذلك فالله
اعلم به وجهد المقل وهو هم وصورة المسألة ما اذا اوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت
وتركت زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول ابي حنيفة وعندهما يعطى
الربع اي مثل الربع فيعطى الخمس بجعل المسألة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له
سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في اصل المسألة يخرج الكسر وهو
اربعة يبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة فهو اربعة وهو سدس المال بقي
عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل اخس
سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهو اربعة فيصير خمسة ويعطى الموصى له سهما والزوج
سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصى اوصى
بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع
واما على رواية الاصل فتخريجه كتخريجهما وعلى هذا قس امثالها واخرجها على الروايتين وقوله
قالوا اي مشايخنا كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ولو اوصى بجزء من ماله قيل
للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية
والورثة قائمون مقام الموصى واليهم البيان ولو اوصى ببعض ماله او بطائفة او بنصيب او بشيء

فالحكم كذلك وقوله واجازت الورثة ثلثه ثلث المال فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب
ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازت الورثة فايدة فالجواب ان معناه حقه
الثلث وان اجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل اذا اراد بالثانية
زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل اذا اراد ايجاب ثلث على السدس
فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث
وقوله والمعرفة متى اعيدت يراد بها عين الاول وقد قررنا في التقرير مستوفى بعون
الله تعالى قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه ومن اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي لان
كل واحد منهما اي من الهالك والباقي مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يشترك
ما يتوى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها فصار كما اذا كانت الشركة اجناسا مختلفة وهو
القياس ولنا ان هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق احدهم في الواحد اي يمكن
جمع حق شائع لكل واحد لانه ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع واذا امكن
الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في
هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى
له كالاصل والاصل في مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع
دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبع لا
الى راس المال وصارت الدراهم اي صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد
ولو اوصى بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم
فكذلك هذا وقوله كلاهما في الاجناس المختلفة جواب عن قوله زفر كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة
ووجهه ان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان
القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهو فيها متعذرة
واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا
فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو اوصى بثلث ثيابه
واما اذا اوصى بثلث ثلثة من دفيعة من جنس واحد او بثلث ثلثة من الدور فليس له
الا ثلث الباقي لكثرة التفاوت هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف
واختلف المشايخ فقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها فاما على
قولهما فالدور جنس واحد وكذا الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان القاضي
ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس وابى
هذا قال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام رحمهما الله وقيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما

عند عدم الاجبار على القاضي القسمة بل يجوز له ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك اي بدون اجتهاد
القاضي وجمعه يتعدد الجمع واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي
وما هلك والاول وهو ان يكون في المسئلة اختلاف كالشبه للنقل المذكور وهو ان ابا حنيفة يقول
لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة وهما يريان
ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا قال ومن اوصى لرجل بالف درهم ومن اوصى
لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين بان كان له ثلاثة الاف
درهم نقدا دفع الالف منه الى الموصى له وان لم يخرج بان كان ايضا الفا دفع منه اليه ثلثه وكل
ما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث والاصل ان المال
المشترك اذا يتوى حق كل من الشركاء بلا تحكم ولا تحكم في حق احد حق احد بتخصيص الموصى له بالعين
في الاول فيصار اليه وفي الثانية تحكم في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين لان للعين
فضلا على الدين على ما ذكر في الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به الف
من المال والدين ليس بمال فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بديون له على الناس سلمناه
ولكن لا نسلم ان الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من اوصى لرجل بثلث معين وهو يخرج من
الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما
بقي من المال والجواب عن الاول ان الموصى به الف اعم من ان يكون مالا في الحال او في المآل لان
الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني انه شريك الوارث اذا كانت في غير معين
واما في المعين فان الوارث كالموصى له لا يضمن اذا لم يتعد وقوله ومن اوصى لزيد وعمرو
بثلث ماله واضح واندفع بقوله فله لزام الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات
ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الهلاك ثم بعد ذلك موت
احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقام كموت احد الورثة بعد موت المورث
ولم يفرق بين علم الموصى بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما بجميع
الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصى وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه والمصنف قوله
لان الوصية عنده للموصى والباقي ظاهر وقوله ومن اوصى بثلث ماله الظاهر وقوله ما لفظه
ان الوصية تصح احترازا عن قول بعض المشايخ ان الوصية بالمال لانه اضافه الى مال خاص
فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو الليث رحمه الله هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه
اضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله وعلى
هذا يخرج كثير من المسائل فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز حنطة من مالي وثوب
من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك كله في ماله اذا قال من حنطتي او من ثيابي فانه
اذا لم يوجد ذلك كله او هلك قبل موته فله شيء للموصى له والفرق ما ذكرناه قال ومن اوصى

بثلث مال الامهات اولاده ما ذكره واضح صورة وتعليله خلا قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد
جايزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جايزة استحسانا والقياس ان لا يصح لان
الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما يستحق الوصية بعد موت مولاها وذكر حال حلول
العتق بها فالعتق يحلها يحلها وهو ام فتستحق الوصية وهو ام والوصية لامة بشيء غير رقبتها
باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال
الموصى لان الظاهر من حاله ان يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها
فان قيل الوصية بثلث العبد جايزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم تصح
لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت
وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف ام الولد فان الوصية لها بذكر
ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية اصلا ولقايل ان يقول الوصية بثلث
المال اما ان صادفها بعد موت المولى وهو حرة او امة فان الاول فله وجه لنفي القياس وان كان
الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد و
ان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا تواردت علتان مستقلتان على معلول واحد
بالشخص وهو ثلث رقبتها وذكر بالمال وقوله وادناه في الميراث قيد بذكر احترازا عن فصل
الزكوة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في
الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت
كان الجمع هنا كذلك ايضا منصرفا الى الاثنين وقوله بجد ذكر في القران يريد به قوله تعالى فان كان
له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف في موضعه وكذا ذكر قوله وان
يتناول الادنى مع احتمال الكل قال وهو اوصى لرجل بمائة درهم صورة المسئلة ظاهرة
ودليلها وجه الاستحسان والقياس ان يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية
عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشترك الثالث فيما اوصى به لكل واحد
منهما في استحقاق المائة وذكر يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت
الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة
فيقتضي اشتراكه اياهما حالة واحدة وانما اخذ نصف كل مائة لو كان اشتراكه مع كل واحد منفردا
وليس كذلك فيما اذا اوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشتراك اي ثم قال
لآخر اشتركتما معهما فان له نصف ما لكل منهما لان تحقيق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت
الحالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه
القياس علما باللفظ بقدر الامكان وقوله ومن لعني لو ورثته لغلة في على دين فصدقوه كما هو
وجه القياس يصدق الى الثلث استحسانا وفي القياس لا يصدق لانه اقر بمجهول وان كان مصيبا لكن اذا

والاقرار بالمجهول

اذا قرن من جهة المقر بيان وقد فات بموته وقوله فصدقوه يعني فيما قال لا يصلح بيانا
لكونه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا يعني
من كل وجه فله يعتبر وجه الاستحسان انا لا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تنفيذه على الورثة
وهو ما ذكر كذلك في الثلث وامكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية
لصرح بها اجاب بقوله وقد يحتاج المقر الى مثل هذا الكلام لعله باصل الحق عليه دون مقداره
سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها اي هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له
كما قال اذا جاءكم فلان وادخل شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصرف
الى الثلث دون الزيادة وقوله فان اوصى لوصايا غير ذكر واضح وحاصله ان تصرف شبه الاقرار
لفظا وشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصرف في الزيادة على الثلث وباعتبار
شبه الاقرار يجعل شايعا في الاثلاث ولا يختص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا علما بالشبهين
وقوله ومن اوصى لاجنبي ولوارثه ظاهر وقوله وهذا اي هذا الايصاء بخلاف ما اذا اقر بعين او
دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي كما لا يصح في حق الوارث لان الوصية انشاء
تصرف اي ابتداء تمليك من غير ان يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكما لعقبه
فحينئذ لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل
منهما مغروزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها واما في الاقرار فسبب الشركة خبر
وهو ما كان سببها قبله فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذكر
اي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكره في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذكر
بينهما اذا تصادقا على ذكر او جحد الاجنبي او الوارث ذكرا او انكراه جميعا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطلان حقه و
يبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر وما لا اثبات شركة لو لم يبطل
وقد وجد ولقايل ان يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير
صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال حق الغير والجواب ان وجه ذلك
هو القاعدة المستمرة وهو ان اليقين لا يزول بالشك وتقريره ان حصة كل منهما غير ممتازة
عن غيرها في كل جزء فرضه بشركة فيثبت للاجنبي المكرر به وبالنظر الى صحة الاقرار له ولا
يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له مكر قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله بقاء وبطلانا
اي بقاء في حق الوارث يعني ببقاء الوصية صحيحة في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث
لاستيفاء حصة كل منهما عن حصة الآخر قال ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط
ورديء رجل له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء يخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب
منها لرجل بعينه ثم مات فهلك الاثواب ولا يدري ايها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه

وقد ذكر الثوب الذي هو هكذا كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة
القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصي الا ان يسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين
فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المص في الكتاب وهو واضح اذا ابتدئ بتعديل
جانب الجيد وصاحب الردي وان ابتدئ بتعديل جانب الوسط فله وجه اخر وهو ان يقال الهالكة
ان كان ارفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالكة اردى من الباقيين
فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك اخرى وان كان الهالكة هو الوسط
فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين
فيأخذ ثلث كل واحد بقي صاحب الجيد وصاحب الردي فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي
الردي لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الردي دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا
الردي لصاحب الردي وقوله واذا كانت الغاربين رجلين ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه
القسمة تابع واما قوله هذا فيه نظر وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات
والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف
كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك
فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر هنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك و
معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله
وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا اجبر على القسمة فيه والباقي ظاهر قوله اما
لا عوضه كما ذكرناه يعني في الجارية الموصى وقوله اولا له اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين
يعني في وقوعه في نصيب الشريك والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر يعني في وقوعه في نصيبه
وقوله فيصير السهام احد عشر للموصى له سهام ولهم تسعة فان قيل ينبغي ان يقسم نصيب
الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصية
عندهما في عشرة اذ رجع بقي حق الورثة في اربعين قلنا زعم الورثة ان حقهم في خمسة واربعين
وحق الموصى له في خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له ان حقه في عشرة وحق الورثة في
اربعين فيعبر في حكم كل فريق بجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل احد عشر وقوله وقيل لا
خلاف فيه لمحمد بل قوله في الاقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال ومن
اوصى من مال رجل لاخر بالف ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينها فبلغه فاعا
ان تجيز الوصية اولا فان كان الثاني بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الى الموصى له
تمت وان لم يدفع فله ان يمنع وان اجازها لان هذا يرجع بمال الغير الى اخر ما ذكر في الكتاب
وهو واضح الى قوله فيكون مقرا بتقدمه فيتقدم عليه فان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه

كان ح

دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله فلا تخرج عنها بالانتقال كما في البيع يعني تسري الوصية
الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت
الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا انا وصي بهما وقيمتها مثل نصف المال تنفذ
الوصية في ثلثي كل واحد منهما لذكر ههنا وله ان الام اصل يعني في الوصية والولد تبع فيه
اي لا الوصية على تاويل الايصاء وانما كانت الام اصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم
سرى حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فينفذ الوصية بالام لم يكون
له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة
فلا يتغير لزيادة المال لانه يؤدي الى انتقصها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال
الاصل بالتبع وقوله الا انه لا يقابله بعض العوض جواب عما يقال لا نسلم ان تنفيذ البيع
في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل فان الثمن لا يقابله وفي ذلك نقض له بحصته ووجهه
اذا لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض
الواحد لا يقابل معوضين لكن لا يوجب ذلك النقض في المبيع لان الثمن تابع الى الهزما
ذكره وقوله واذا اتصل به القبض انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون
ان لو كان معوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن
بل يأخذ الام بجميع الثمن **فصل في اعتبار حالة الوصية** قال في النها
لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما
يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض و
الاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصلي مقدم على العارضي وقوله واذا
اقر المريض لامراة واضح معناه ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى
له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون
المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم لا يصح اقراره اذا
كان مريضا وقوله لان الاقرار يلزم فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار ايضا
باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا لا يصح للوارث ووجهه ذكر ان الاقرار
يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على امر زائد كالموت في باب الوصية وقوله الا ان الصحة
يؤخر عنه اي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في
حالة الصحة بخلاف الوصية لانه يعني الوصية بتاويل الايصاء وقوله وكذا لو كان الابن
عبدا او مكاتبا فاعتق يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت
الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه
ان لم يكن اي على العبد دين يصح الى اخر ما ذكر في الكتاب وقوله والمقعد والمفلوج المقعد

من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة والاشل من شلت
يده والمسلول هو الذي به مرض السل وهو عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها وقوله
صار طبعا من الطباع يعني خرج من ان يكون مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال فلو
صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض من حادث فيعتبر تصرفه من الثلث كما لو تصرف عند ما
اصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من ايام لا يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون
مرض الموت

باب العتق في المرض

الاعتاق في المرض من انواع الوصية
لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الصريح
هو الاصل قال ومن اعتق عبدا في مرضه كلامه واضح قوله والمراد الاعتبار من الثلث
اي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما يجب
الموصي لزمانه بعد موته متطوعا وقوله كالضمان والكفالة غاير بينهما بالعطف لان الضمان
اعم من الكفالة فان الضمان ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبي غالب امرا تكل على
الف على اني ضامن وكذلك لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن كذلك بخلاف من الثمن
سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المراة والحمالة على الضامن دون
المشتري وقوله وما نفذ من التصرف اي نجز في الحال ولم يضف الى ما بعد الموت
فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث
وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبدء تبين انه لا حق لاحد في ماله وقوله فان
حابا ثم اعتق صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي الفين من رجل بالف واعتق
عبدا يساوي الفا ولا مال له سواهما فالمحاباة اولى وان ابتداء بالعتق تحاصا فيه.
عند ابي حنيفة ففي الاولى يسلم العبد للمشتري بالف ولم يبق من الثلث شيء الا ان
العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتحاصان في مقدار الثلث
وقالا العتق اولى سواء قدم المحاباة او اخرها فيعتق العبد مجانا لان قيمته بقدر الثلث
ويخير المشتري ان شاء نقض البيع ورد العبد لما لزم من الزيادة في الثمن من غير رضاه
وان شاء امضى العقد وادى كمال قيمة العبد التي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر
وقوله الا العتق الموقع اي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل ان يقول اعتقوه او
يوصي بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله كالتدبير الصحيح احتراز عن الفاسد
منه مثل ان يقول انت حر بعد موتي بيوم كما سيجيء وقوله والمحاباة في البيع بالرفع معطوف
على قوله الا العتق الموقع وقوله وغيره يلحقه اي غير العتق والمحاباة وقوله لهما في الخلافية
وهي التي تقدم فيها المحاباة على العتق وقوله لا يوجب التقدم في الثبوت الا يرى انه اذا اوصى
بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصلا او فصلا ولا عبرة للبداية فكذلك

فكذلك ههنا وقوله لانها تثبت من المعاوضة وبالمرض يلحقه الجرحان وقوله قسم الثلث بين
المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخرى قسم بينها وبين العتق لان
العتق متقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الثانية والمحاباة الثانية
متساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى متساوية للعتق المتاخر عنها وهو ينافي نقض
الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا لو حاباهم جميعا ولم يخرج من الثلث تحاصا و
ما ذكرتم من ان التقدم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول
ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة العكس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه و
عن الثاني انه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج
من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما حكم الوصية
وهما نافذتان فلستوا كذا في النهاية وقوله قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب
العتق قسم بينه وبين العتق الثاني فان قلت لم لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني
والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة متقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها والعتق
الاول متقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما اصاب العتق الاول شاركه في العتق الثاني
والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي
ان يسترد صاحب المحاباة ما اخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب
العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت المحاباة اجيب بانه لو استرد
ذلك منه لاسترده صاحب العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان
نقض صاحب المحاباة البيع لما لزم من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين
لاستواء حقهما قال وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد كلامه واضح قوله وبقي
شيء من الحجة يرد على الورثة قال الامام الكشاني الا ان يكون الموصي جعل الفضل للذي
حج عنه فيكون له وقوله وهذا اشبه يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده
فيملك المستحق اذا هلك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله ومن
اوصى بعتق عبده اي باعتاق عبده وقوله لانه يتلقى الملك من جهته اي لان الموصى له يتلقى الملك
من جهة الموصي الا ان ملكه اي ملك الموصي باق فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة
لم يعتق عليهم لما بينا ان ملك الميت فيه باق بعد حاجته وانما يزول ملكه بالدفع فاذا اخرج به
اي بالدفع من ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد وفاته بسبب الدين فان
فداه الورثة كان الفداء في اموالهم اي كانوا اعتبروا عين فيما فدوه به وقوله واوصى بثلث
ماله لآخر واضح وقوله وان كان على المعتق دين يعني ان من اعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه
دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع احدهما الاخر

الاخر ان لو كان متاخرا عن الآخر يمنع المتقدم المتاخر لما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما
فهل كان الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا لذكره ولان الاقرار بالدين اى ولاى حنيفة وجهان
احدهما ان الاقرار بالدين اقوى على ما ذكر ووجهه ان العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فلذلك ثبت الدين
من كل وجه وثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث
المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض
اعتقتنى فى صحتك وقال رجل لهذا عليك الف درهم فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى فى
قيمته للغريم كذكر ههنا وقوله وعلى هذا الخلاف فى الآخرة لهما ان الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر
معها فيتحاصان كما لو اقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول المتركة
لا الذمة فقد وقعا معا لخلافة الوارث وله ان حقه يثبت فى عين الالف متاخرا لثبوت الدين فى الذمة
وعند انتقاله منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان الوارث حيا وقال لا ذكر وقال صدقتما
والاختلاف فى هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر فى الكتاب فى عامة الكتب **فصل** قدم باب
العتق فى المرض على هذا الفصل لقوة العتق فى المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل
اعلم ان من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلوة او صيام او زكوة او حج او كفارة او نذر او صدقة
فطر فاما ان يوصى بها او لا فان كان لم يوخذ من تركته ولم يجبر الورثة على اخراجها لكن لهم
ان يتبرعوا بذكر وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله
تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله اما ان يكون كله فرايض
كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا
كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبههما او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينهما
والثلث يحتمل جميع ذكر ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذكر ولكن اجازت
الورثة وان لم يجيزوها فان كان كلها لله وهى فرايض كلها او واجبات كلها
او تطوع يبدا بما بدا به الميت وان اختلطت يبدا بالفرايض بدا بها الموصى او اخرها مثل الحج و
الزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم وان تساوت فى
القوة بعنى ان يكون الكل فرضا او واجبا او تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصى لان الظاهر انه
يبتدئ بالاهم فان قيل اين ذهب قول ابى يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب
التقديم فى الثبوت ففى هذه المسئلة حجة لابى حنيفة عليهما اجيب بان هذا مختص بحقوق الله
تعالى لكون صاحب الحق واحدا واما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو اوصى بثلثه لانسان
ثم اوصى بثلثه لآخر وقوله فالزكوة تعلق بها حق العبد يعنى باعتبار ان الفقير حقه فى القبض
ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات فى الكفارات
اما فى الزكوة قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما فى الحج فقوله تعالى ومن كفر فان

فان الله غنى عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلعم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء
مات يهوديا الحديث وقوله والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ترك
كفارة الافطار لانها ليست متقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وصدقة الفطر بآثار
مستفيضة وقوله وعلى هذا يقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر
على النذر وتكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية
لوقوع الاختلاف فى وجوبها دون وجوب النذور وما ليس بواجب يقدم منه ما قدمه
الموصى لما بينا يعنى قوله لان الظاهر ان يبتدا بالاهم وصار كما اذا صرح بذكر وقال ابدا وا
بما بدات به ولو قال كونكر لزم تقديم ما قدم فكذا ههنا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا
انه يبدا بالافضل فالافضل يبدا بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثله سواء رتب على هذا الترتيب
او لم يرتب وما جمع بدبهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد ويجعل
كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالى فى الحج والزكوة
والكفارة ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا او هو رضى الله سبحانه وتعالى
فكل واحدة فى نفسها مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين فان الجميع منها وان كان المقصود
به القربة اذا اوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا
قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده كلامه واضح قوله وقد فرقنا بين هذا
وبين الوصية بالعتق من قبل يعنى على مذهب ابى حنيفة وهو الذى ذكره قبل هذا الفصل بقوله ولو
انه اوصى بعتق عبد يشترى بماله الى آخره وقوله ومن خرج من بلدة حاجا قيد به لان اذا خرج
للتجارة يحج عنه من بلدة بالاتفاق وسنذكره بعيد هذا قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما
اذا لم يكن فيحج من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذا ذكر اذا اوصى
وقوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره هو توضيح بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن
آدم ينقطع بموته الا ثلثة فان الحج ليس منه ورد بان الكفر اذا طعم بعض المساكين ومات
فاوصى وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعم بالموت وذكر فى الاسرار فما هو جواب
ابى حنيفة عن ذكر فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى فى حق الامر بدليل
ان الاول لو بدا له فى ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وقوعه الاحرام عنه برضى الموصى لم
يجز ولزمه رد ما انفق واما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم
البعض لم يترك وامر به غيره فانه يجزيه كذا فى الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل
بين المتجزى وغيره فى الانقطاع الا ان يقال التجزى فى الاطعام مستند الى الكتاب فانه
لم يشترط فيه التتابع اصلا حتى لو جامع فى خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق و
الكتاب اقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به وقوله على

ما قررنا اراد به قوله قبيل هذا ومن اوصى بحجة الاسلام اجحوا عنه رجلا الى آخره **باب**
الوصية للاقارب وغيرهم وانما اخر هذا الباب عما تقدم لان في هذا الباب ذكر احكام الوصية
لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم **قال** ومن
اوصى لجيرانه فهم الملاصقون كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب
ويجوز ان يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل ذكر اهتماما باحد الجارين قوله لانه لا تعذر صرفه
صرف الى الجميع يعني لعموم وهو له جار الملاصق وجار الزاوية وجار الارض صرف الى اخص المواضع وهو
الملاصق وقوله وذكر عند اتحاد المسجد قيل حق لو كان في محلة مسجدان صغيران متقاربان لا يجمع
جيرانه وقوله وما يروى فيه ضعيف يعني ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال الجار اربعون واذا هكذا او
هكذا اربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة فانه قيل هذا خبر لا يعرف رواته وقال ابن قدامة هذا ان
صح كان نصا في الباب وقد طعن في رواته قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى و
المسلم والذمي قال محمد يدخل في الزيادات وينبغي على قياس قول ابي حنيفة ان يدخل السكان تحت الوصية
من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال
ابو بكر بن شاهويه هذه كذا نية من محمد فمذهب ابي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم
على استحقاق الشفعة وهو للملاك واقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الرقيق لان المسجد لا يضمهم
الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله ومن اوصى لاصهاره اي لاقرباء امراته قال في
الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وانما قال هذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد لان الصهر يجيء بمعنى الختن
ايضا وقوله وان كانت وعدة من طلاق باين لا يستحقها يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق
في المرض وقوله ومن اوصى لاختانه يعني ان الاختان يطلق على ازواج المحارم كزوج البنت والاخت
والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من ازواج المحارم من الذكر و
الانثى وازواج المحارم كلهم في قسمة الثلث بينهم سواء وقوله ومن اوصى لاقاربه يعني يصرف
الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب او الام غير الوالدين
والولد اذا لم يكونوا وارثين عند ابي حنيفة وقوله وثابت الخلاف تظهر ثمرته آل ابي طالب يعني
الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول اقصى الاب علي رضي الله عنه فلا يدخل في الوصية اولاد
عقيل وجعفر وعلى القول الثاني اقصى الاب ابو طالب لانه ادرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل
فيه اولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضحة الى قوله ولا معتبر لظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع
على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين
كونه متروكا بالاجماع بقوله فان عنده اي عند ابي حنيفة يقيد بما ذكرنا من الاقرب فالاقرب
بالقيود الستة التي ذكرناها وعندهما باقصى اب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى
وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة وقوله واذا اوصى لاقربائه وله عمان

وخالان يعني وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعمته وهذا الى آخره تفصيل ما اجمله من القيود على مذهب
ابي حنيفة وقوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية يعني لو كان العم اثنين
كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف ايضا واعترض بان في هذا جعل
عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه
عم آخر وحينئذ كان لقائل ان يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان
كان له الثلث لانه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا القياس
يجب له الربع او الخمس عند الانفراد على تقدير ان يكون معه ثلثة اعمام او اربعة اعمام و
سلم جدلا واجيب بان ذكر غيره لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعين اولى
ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف ما لهما
واذا اخذ العم النصف صار كان لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما
الثلث بينهم اثلاثا وقوله لما بينا اراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان
الى آخره وقوله وهي اقوى اي قرابة العمومة اقوى من قرابة الخؤولة وقوله والعمة وان لم تكن
وارثة جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة وتقدم العم على الاخوال بسببها فلم
فلم تكن قرابتها اقرب ووجهه انها مستحقة للوصية مساوية للعم في الدرجة وعدم
استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها العم في استحقاق
هذه الوصية كالعم الرقيق او الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا الضعف في القرابة
وقوله او لانتسابه الانتساب في جميع النسب وهو القريب كالانتساب في جميع النصيب
وقوله في جميع ما ذكرنا يعني من القيود المذكورة على قول ابي حنيفة خلافا لهما **قال** ومن
اوصى لاصل فلان فهي على زوجته الوصية لاصل فلان تنصرف الى الزوجة عند ابي حنيفة والى
كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واتوني باهلكم اجمعين
فانه ليس المراد به الزوجة خاصة فكذا قوله تعالى فجيناه واهله الا امراته وله ان الاصل في الزوجة
حقيقة يستشهد بذكر قوله تعالى وساد باهله فلا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها قيل في الاستدلال
بهذه الآية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله اسكنوا والمراة لا تخاطب بذكر والجواب انه لم ينقل
انه كان معه احد من اقاربه او اقاربها من ضمهم نفقته فان كان معه من الاقارب احد لم يدخل
فيه بالاتفاق على ان المقابلة لا يستدل عليها لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول
وانما استشهد بالآية تانيسا فان ثبت ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه
كالآية التي استدل بها **وقولهم فلان تاء صل ببلده** كذا هو المسموع الدال على الحقيقة
لتبادر الفهم اليه وقوله لان الانسان يجنس بابيه فان ابراهيم رضي الله عنه ابن رسول الله
صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش واولاد الخلفاء صالحو الخلافة وان اكثرهم من الاماء

فعلم انهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله ولو اوصى لايتام فلان اليتيم اسم لمن
مات ابوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد البلوغ والغياث والزمن معروفة والارمل هو
الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امراة من ارمل اذا افتقر من الرمل كانه تبع من الدقعاء وهي التراب
ومن النكس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المص هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم
وهو اختيار الشعبي فاذا اوصى لهؤلاء فاما ان يكونوا قوما محصورين او لا فان كان الاول وجد
الاحصاء عند ابي يوسف لا يحتاج في الاحصاء الى الكتاب وحساب فان احتاج الى ذكر فهم
لا يحصون وقال محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض
الى راي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية تمليك و
تحقيق التمليك فيهم ممكن وان كان الكل فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح
وقوله بخلاف ما لو اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون تبطل
الوصية فيه اشارة الى انهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقير وهل
يدخل الذكر في الايامى دخوله في الارامل او لا قال الكرخي يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها
بكرا كانت او ثيبا ويقال ايم ايضا وقال محمد الايم هي الثيب خاصة وقول المص محتمل
والظاهر دخوله لانه تركها اعتمادا على ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان و
الايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق كل
للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد رحمه الله الغلام ما كان له
اقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين فزاد عليه
وما بين خمسين الى الستين الى ان يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا وفي الوصية للفقراء و
المساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله
ولو اوصى لبني فلان فله تخلوا اما ان يريد مفهوم الاضافة او يكون اسم قبيلة او فخذ فان كان
الاول لم يدخل فيه الاناث عند ابي حنيفة رجع اليه وكان يقول اولا يدخل وهو قولهما والخلاف
عند الاختلاط اما اذا كانت الاناث منفردات فلا يدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع المذكور
يتناول الاناث وقد عرف في موضعه ووجه قوله الآخر ان حقيقة هذا الاسم للذكر وانتظام
الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الكل يتناول لان المراد به تحقيق
الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصي بين بقدر
عليهم من فقرائهم قال ومن اوصى لولد فلان فقد قال اما ان يكون ايا خاصا او فخذا
فان كان الاول فالوصية تتناول الاولاد دون اولادهم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط
سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد بمجاز لا يصار
اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل اولاد الاولاد اولاد الابناء رواية

يعني اذا اوصى لبني فلان

ومن اوصى لولد فلان

رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الوصية
لبني فلان يتناول الولد وولد الولد فهم ذكر من قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم قال القدوري
والصحيح انهم لا يدخلون وذكر فيه الحقيقة والمجاز وان كان الكل يدخلون وان كان الصلبي
قائما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا يخلو عن الاولاد عادة فتكون مرادة فيدخل بخلاف
ما اذا كان ايا خاصا فان بنيه وبناته قد يخلو عن الاولاد فلا يكون مرادة وقوله ومن اوصى لورثة
فلان واضح وقوله ومن اوصى لموالي فيه بناء على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز
ذكر فاجاز هذا واصحابنا ما جوزوا فكذا ذكر هذا والمروي عن الشافعي رواية عن ابي حنيفة رحمهما الله
لكن لا على جواز عموم المشترك بل على لفظ المولى على الاعلى والاسفل متواطئ كالاخوة على بني الاعيان
وبني العلات وبني الاخياف ليس بظاهر لان الاخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الاب
والرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الاعلى منعم ومعنى الاسفل منعم عليه فكان في احدهما
بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول واليه اشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله في وضع الاثبات
احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الائمة وعامة اصحابنا على ان عموم
المشترك لا في النفي ولا في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف بان ترك الكلام مع المولى مطلق
ليس لوقوعه في النفي بل لان الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذكر المعنى كالشيء
وقررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتاييده فان قيل سلمنا ان لفظ المولى مشترك
لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصي قبل البيان
والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة الجزء ممكن وهو ان يصرف الوصية الى
المولى الذي اعتقه لان شكر المنعم واجب واما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب و
الصرف الى الواجب اولى منه الى المندوب كما هو المروي عن ابي يوسف بهذا المعنى اجيب بانها
معارضة بجهة الجزء وهو ان العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الاسفل
الفقر وفي الاعلى الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن ابي يوسف لهذا المعنى
ولو اوصى لمواليه وليس له مولى الا على فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة
والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوقف
على الشيء لا بالعلية يعقبه وجوده او الوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث
كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت وهم يوجد فيهما وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان
سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد لازم اي ثابت مستقر والاصح الاول لانهم
لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذكر انما يكون بعد الموت
ويدخل فيه اي في هذه الاسماء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو اوصى لمواليه وله
موال واولاد الموالي وموالي الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر واولادهم لان نسبتهم اليه بالولاء للعتق

الذي باشر في ابائهم والفروع اجزاء الاصول فكان الالحاق حقيقة فيهم كما في اصولهم ولهذا
لا يصح نفي اسم الموالي عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان واولادهم لان النفي عن الفروع
صحيح حيث يجوز ان يقال ليسوا بني فلان وانما هم بنو بنيهم وعن ابي يوسف انهم يعني موالي
الموالاة يدخلون ايضا لما ذكرنا الكتاب وهو واضح وقوله والاعتاق لازم جواب عما يقال
لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالموالي الاعلى والاسفل ووجهه ان المشترك
لا يعمل به اذا لم تكن قرينة على احد المعنيين وههنا قرينة تعين احدهما وهو ان ولاء الاعتاق
بمنزلة النسب لا يحتمل النسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف يختلف فيه بين العلماء ويجب
عقده كمحتمل النسخ فلا يتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الموالي الموالاة كان الثلث لهم لان
الحقيقة اذا لم يكن وجب العمل بالمجاز صونا لكلام العاقل عن الغاء ولو كان له معتق واحد
وموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز وحكم ولد المعتق
حكم المعتق لما ذكرنا ان اسم الموالي لاولاد الموالي حقيقة وقوله ولا يدخل فيه اي فيما اوصى
لموالي اعتقهم هكذا وقع في النسخ لكن الصواب ان يقال موالي اعتقهم ابوه او ابنه
لان التعليل يطابق ذكر دون المذكور في الكتاب وهذا لان الحقيقة هو ان يباشر اعتاق مملوكه
فيصير مولاه والمجاز ان ينتسب لذكر باعتاق مملوك ثم يعتق ذكر المعتق مملوكا ولم يوجد في
حق موالي الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسبيبه قلنا انهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا
المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لان الذين اعتقهم موال له حقيقة وقوله واما
تحرز ميراثهم بالعصوبة جواب عما روي عن ابي يوسف ان موالي ابيه يدخل اذا مات ابوه
وورث ولاؤهم لانهم موالي ابيه حكما ولهذا تحرز ميراثهم ووجه ذكر ان احراز الميراث ما
كان يكون مولى له لكن الشرع اقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء
كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا
يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله بخلاف معتق البعض
قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب ان يقول بخلاف معتق المعتق
كما هو المذكور في الايضاح لانه لثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي وبين موالي اعتقهم ابوه او ابنه
على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه ايضا وذكر انما يستقيم فيما اذا كان بخلاف معتق واما
معتق البعض فعند ابي حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل
تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج
الى ذكره وذكر بعض الشارحين ان النسخة في قوله ولا يدخل فيه موالي اعتقهم بانبات لفظة
ابنه وههنا بخلاف معتق البعض وجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه ومعناه
ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة بخلاف موالي الام لانهم ليسوا موالي

الموالي ع

موالي اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل
تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان
فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في
بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا
فاخرها عنها وضعا قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره كلام واضح ويفيد الموافقة
بين الوصية والعارية وكون كل منهما تمليكا للمنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان
الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حال الحيوة فكذا بعد الممات لان الموت لا يزيلها
والارث خلافه فيما يتملكه المورث وذكر في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى واذا جازت الوصية
بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فاخذت حكمها والمعنى هو الحاجة بشملهما يعني المنفعة و
الغلة قوله فان خرجت رقبة العبد فيه تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان
قال ابدا او جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم تخرج و
لكن اجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين
والموصى له يوما الى ان يموت وان كان الثاني فاما ان عين سنة مثل ان يقول سنة ست
وستين وسبعمائة او لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت
الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج
من الثلث او اجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج
ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى
الورثة وان لم يعين تاريخا فان العبد يخرج من ثلث المال او لا يخرج واجازت الورثة يسلم
العبد الى الموصى له يستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم تخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى
له يوما والورثة يومين الى ثلث سنين ثم يرده وهذا الحكم على خلاف ما اذا
اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره قال فان مات
الموصى له عاد الى ورثته اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصي لان الموصي اوجب
الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الحق الى وارث الموصى له لاستحقها
ابتداء من ملك الموصي لما تقدم ان الميراث خلافه فيما يتملكه المورث وذكر في عين تبقى
والمنفعة عرض لا يبقى لكن لا يجوز ان يستحقها كذلك لانه لم يرض به واستحقاق المنكر من
غير جناية المالك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان
ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل اي فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق
بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ولو اوصى بغلة

الى الورثة ع

عبده او داره فاستخدم العبد الموصى بغلة عبده او داره فاستخدم العبد الموصى بغلة الموصى له بنفسه
او سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ في ذكر على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله
وليس للموصى له بالخدمة ان يؤجر العبد والدار واضح سوى الفاظ نذكرها قوله اعتبارا بالاعارة
فانها تمليك بغير بدل قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل
المقرر وهو ان الشيء لا يتضمن ما فوقه وقوله ان الرجوع للتبرع لا للغير جواب عما يقال
الوصية وان كانت لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ و
وجه ذكر انه لا اعتبار للموضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع
بموت الموصى عن العوارض فلا معتبر به وقوله ولان المنفعة دليل لان قوله وهذا لا يجوز يبنى بناء
على ما قال ولا يمكن الا قوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر بنفسه فانه لا يملك
منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز ان يملكها ببدل واجيب بان كلام المص في
الوصية فحراوه بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه
وقوله اذا كان تخرج من الثلث احترازا عما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى المثل الا باجازة
الورثة وقوله واذا كانوا في غيره اي في غير مصر الموصى وقوله ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره
قد علم جوازه بما تقدم طريقين ولعله ذكره تمهيدا للقول ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث
غلة تلك السنة يعني اذا لم يجز الورثة وكانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر
اما بتاويل المال او نظرا الى الخبر وقوله لان عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء وكل ما هو كذلك
تعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان
العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة الى ما
يستوفي خدمة سنة كاملة كما مر ذكره وقوله فلو اراد الموصى له قسمة الدار ظاهر الى قوله عطفا
منه لاحدهما على الآخر ومعنى ذكره انه عطف قوله لآخر برقبته بالواو على قوله اوصى له بخدمة
عبده فتعتبر هذه الحالة يريد حالة العطف بحالة الانفراد اي بحالة انفراد احدى الوصيتين عن
الاخرى فلا يتحقق المشاركة بينهما فيما اوجب لكل واحد منهما وقوله ثم لما صحت الوصية لصاحب
الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت
الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر تكون
الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد
الموت ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر اما ان يكون ادرك حد الخدمة او لا فان
كان لا فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لان بالانفاق عليه تنمو العين وذلك
منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما
يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذ العبد لا يقوى على الخدمة الا به وان ابى الانفاق عليه رده الى من

الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفداء على من له الخدمة لان التمكن من
الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله اي لهذه المسئلة نظائر وقد
ذكرها في الكتاب واضحة وقوله ولا شيء لصاحب الظهر وهو الامة والخاتم والثمرة في المظروف
يعني الولد والنفع والثمر في هذه المسائل كلها اما اذا كان احد الايجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق
واما اذا كان احدهما مفصولا عن الآخر فكذلك عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقوله كما في وصية الرقبة والخدمة
فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتاخير تعليل محمد والجواب كما استدل به ابو يوسف في الكتاب
والمبسوط دليل على ان المعقول على قول محمد قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة
المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث على الموجود والحادث ما
عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده
فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر جزء من الثلث في وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر
الابد او لم يذكره كالوصية بالصوف على ظهر غنمه والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لان المعدوم من
هذه لا يستحق بعقد ما وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه
وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت الموت تناولها والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي
الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان الثمرة في الموجود حقيقة وليست
بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصى
عن الالغاء والمص حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والجذاذ وما فيه
صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله
ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا الى آخر الباب واضح وتمام ذرء المص ما اجزل تركيبه و
احسن تركيبه لا تروى معنى من المعاني يحتاج الى تزويره وتركيبه او في تادية له من غيره وقوله
الخلع صورته ان تقول المراة لزوجها خالعني على ما بطن جاريتي او غنمي صح وله ما في بطنها و
ان لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمراة لان ما في البطن قد يكون
متقوما وقد لا يكون فلم يغره حتى لو قالت على حمل جاريتي ليس بها حمل ترد المهر والله اعلم

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون
الكفار ملحقين بالمسلمين في احكام المعاملات او اصنع بهودي بيعة او نصراني كنيسة في صحته
ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا على اختلاف التخريج اما عنده فلان هذا بمنزلة
الوقف عند ابي حنيفة اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير
لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية فلا يصح ولو اوصى بذلك اي لو اوصى
بان يعمل بيعة او كنيسة لقوم معينين فهو جائز من الثلث لان في الوصية معنى الاستخلاف و
التمليك وللذمي ولاية التمليك فامكن تصحيحه اي تصحيح ايصائه على اعتبار المعنيين يعني الاستخلاف و

بالصوف

والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الملتحق فوجوزنا ذكر نظرا الى التمليك واذا صالحها المسلمين
صنعوا به ما شاؤا او ان اوصى ان يجعل دارا كنيسة لقوم مسلمين يعني قوما غير محصورين جازت
الوصية عند ابي حنيفة وقالا هي باطلة لان من في الحقيقة معصية وان كان في معتقدهم قربة و
الوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولابي حنيفة ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم
لو اوصوا بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذا اذا اوصوا بما هو في معتقدهم عبادة
صح وان كان عندنا معصية لانا امرنا ان نتركهم وما يدينون قالوا هذا الاختلاف اذا
اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث
ذكر في الاقضية وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذكره قوله لم تصر محررة
لله تعالى حقيقة بل تحرر على معتقدهم فيبقى ملكا للباني فيورث عنه وقوله ولانهم يبنون
دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى وقوله كذا في الوصية متصل بقوله ان البناء لنفسه ليس
بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله بثبوت مقتضاه وقوله على مقتضاه
كلها راجع الى الوصية بتاويل الايصاء وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك لا ان
لفظها تقاعد عن افادة معناها وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم
فاما اذا لاقت ما هو قربة فيه عملت عملها وقوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي الى آخره واضح
وقوله وهو ما ذكرناه يريد الوصية ببناء البيعة والكنيسة وقوله كما ذكرناه يعني من الخلاف
في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله والوجه ما بيناه اي من الجانبين وهو ان المعتبر عنده
اعتقادهم وعندهما انه وصية بالمعصية وقوله والجهة مشهورة يعني ان كلامه في صرف المال
الموصى به الى استصباح المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام و
قوله على الخلاف المعروف في تصرفاته يعني انها جائزة عندهما موقوفة عند ابي حنيفة ان
اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا وقوله وفي المرتد الاصح انه يصح وصاياه لانها
تبقى على الردة فصارت كالذمية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال
بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية
ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتد فلا تقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين
كلامي الامام لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله واذا دخل الحربي دارنا
بامان فاوصى لمسلم او ذمي بمال كله جاز قبل هذا اذا لم تكن الورثة معه اما اذا كانت فانها
تتوقف على اجازتهم والى هذا اشار بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب
وقوله وذكر في المستامن ايضا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو ان
يقال قد قلت ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجه
ان ذكر الرد على الورثة ايضا مراعاة لحق المستامن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته

الى ورثته عند الفراغ عن حاجته والزيادة على مقدار ما اوصى به فاذا فرغ عن ذكره وقوله لما
بينا اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الى آخره وقوله
ولو اعتق عبده عند الموت الى آخره ظاهر وقوله ولو اوصى لحربي في دار الاسلام دار الاسلام
ظرف لاوصى لا لقوله حربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز
لتباين الدارين ولان الذمي اذا اوصى لحربي في دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله
وكذا لو اوصى له اي للمستامن مسلم او ذمي بوصية جاز

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصي لما ان
كتاب الوصايا يشتمل لكن قدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة
الى معرفتها امس ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلم
ورد في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذكر
علم الموصي ليتدارك حاله عند رد الوصي فليس برد الوصي فليس برد لان الميت معنى لبسبيل
اي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه لفوت حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو
اضرار لا يجوز فيرد ورده وكذلك الفرق بين الموصى له والموصى اليه في ان قبول الاول في الحال
غير معتبر حتى لو قبل في حال حيوة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكر
واجيب بان الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به
فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصي ولا ضرر في رده وذكر ويشير الى هذا
الجواب قوله بخلاف الوكيل بشراء بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه
اي لو عينه وبغير علمه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فانه جعل علة
جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات
الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي
وفتاوى قاضي خان ولقائل عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة
حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة ولكن
ليس فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراء شيء بعينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية
عامة الكتب فيما اذا كان وكيله بشراء شيء بعينه فيما اشار اليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل
الشراء بقوله على ما قبل الا بحضرة الموكل وذكر ايضا قول المشايخ على ما يشير اليه قوله
قبل وسببه الاضرار بتغرير وامّا اذا كان وكيله بشراء شيء بعينه فليس فيه ذكر قوله
فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى
ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا يعني كون وكيل حال حيوته فاذا مات لم يوجد من الوكيل قبول
نفسا او ولاية كان بالخيار قبل كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده

اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره في ذلك ضرر به والضرر مدفوع واجيب بان الموصي مغرور
حيث لم يستدل عن الرد والقبول فله يبطل الاختيار كما لو زيا اذا قبل ثم رد في حيث فانه غاد
فيبطل الخيار غاد فيبطل الخيار وقوله فلو انه باع شيئا من تركته بيان ان القبول يجوز
ان يكون دلالة فانها تقال على الصريح اذا لم يوجد صريح كما لفظها لكنه يعتبر ذلك بعد الموت
وقوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاختيار فيه فيما تقدم من الكتب من ذلك ما
ذكره في كتاب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن اعلم من الكتب بالوكالة يجوز
تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي
حنيفة وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي وقوله وان لم يقبل حتى مات الموصي
فقال لا اقبل يعني ان الوصي اذا سكت في حيوة الموصي ثم بعد مماته قال لا اقبل ثم قبل فهو
وصي ان لم يخرجه القاضي حين لا اقبل لان نجوز قول لا اقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا
لزفر لان في ابطاله مضرة بالميت وفي ابقائه للوصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور بشيء
وهو مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضرر اولى لا محالة وقوله لا ان القاضي اذا اخرجه استثناء
من قوله فله ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك
واختلف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ
واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان
الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فههنا اولى واليه ذهب شمس الائمة
الحلواني والباقي واضح قال ومن اوصى الى عبد او كافر ومن اوصى الى عبد غيره او
كافر ذمي او مستأمن او حربي او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا
اللفظ هو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في
الصور الثلث ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل قال
الفقيه ابو الليث واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا
ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزه عن
استيفاء حقوق الميت مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى
تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا فانها
ستبطل باخراج القاضي عنها واما الكافر فقد ذكره في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل
ان يخرجه القاضي جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتولى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي
ان يخرجه من الوصية وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسي وذكر
لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره
فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله واستبداده الى ما بعدها لانها بمنزلة

بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته
على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله وهذا يصلح عذرا
في اخراجه وتبديله بغيره لان الميت انما اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة
وبالخيانة لا تتم الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله ومن اوصى الى عبد نفسه واضح
وقوله وفي اعتبار هذه اي هذه الوصية اي وصيته عبده على الورثة الصغار تجزيها لانه لا يملك
بيع رقبته وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصي وولايته لا تتجزى
اذ لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزي في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصي فكذا غير
متجزئ فكما عاد على موضوعه بالنقض وقوله انه يخاطب احترازا عن الصبي والمجنون وقوله
مستبدا احترازا عن الايصاء الى عبد الغير وهذا اذا كان في الورثة كبار وقوله ليس لهم ولاية
المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة
واجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية البيع وقوله يكون ناظرا لهم لان
لان القاضي لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وشفقته على من خلفهم
وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك هذا وقوله والوصاية قد تتجزى جواب
عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزيها وذكر ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انه اذا اوصى
الى رجلين الى احدهما في العين والى الآخر في الدين ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه
خاصة او لقول يصار اليه اي الى التجزي لئلا يؤدي الى ابطال اصل هذا التصرف وهو نصب عبده
وصيا على الصغار فان قيل ينفضي الى تغيير وصيته وهو متجزيا بعد ما لم يكن قلنا تغيير الوصف
وصفه وهو جعله متجزيا بعد ما لم يكن قلنا تغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى من اهداره
بالكلية قال ومن عجز عن القيام بالوصية معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان
الاوصياء ثلثة عدل كافي وعدل غير كافي وفاسق وزاد المصنف الثاني العاجز اصلا اذا ظهر
للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا
لان القاضي نصب ناظرا واذا علم خيانة الوصي وبعض كفايته وجب عليه تكميل النظر
وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك اي عدم الاستبداد
لعجزه لا يجيبه كما ذكره في الكتاب ولو ظهر عنده عجزه اصلا استبدل غيره به رعاية للنظر
من الجانبين اي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج
الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي ان يتعرض
اليه بالاخراج وان شكاه الورثة او بعضهم اليه الا اذا ظهر خيانته فانه يستبدل به غيره ووجه
ذلك مذكور في الكتاب قوله ومن اوصى الى اثنين الى هذه روى عن ابي القاسم الصفار اذا قال
هذا الخلاف بينهم فيما اذا اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد

منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه ابو الليث هذا
اصح وبه ناخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وحكى عن ابى بكر الاسكاف
انه قال الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى اليهما جميعا او متفرقا وجعل فى المبسوط هذا اصح
لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين
الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا فى اشياء معدودة ولم يذكر كليتها لاختلاف
اقوال العلماء فيها فذكر فى الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع
الاموال الضايعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد منه للصغير وبيع
ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة وذكر فى الجامع الصغير لقاضى خان
ثمانية وهى الستة المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال
الضايعة فقيل ويحتمل ان يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضايعة فيعدان واحدا
ليلا يزيد على ما نص عليه من الثمانية والذى ذكره المص اكثر من ذكر وقوله سبيلها الولاية
يعنى انها لا تثبت لمن لا يثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله لانها
ليست من باب الولاية اى ولاية المستفادة من الموصى لتحققها من غير من اوصى اليه
اليه وذكر رواية الجامع الصغير ليبان ان اقتضاء الدين اى قبضه ليس كقضائه بل
هو على الاختلاف وقوله ولو اوصى الى كل واحد منهما على الانفراد ذكرنا فى مطلع
الكلام مع ذكر صاحب كل منهما وقوله فان مات احدهما متصل باول الكلام وقوله
ولو ان الميت منهما اوصى الى الحى ظاهر وقوله والى الجد فى النفس يعنى اذا مات الاب كان
ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصى فيما انتقل اليه
لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة تجعل الاول قايما حكما والخلف يعمل عمل الاصل
عند عدم الاصل وقوله وعند الموت كان له ولاية اى عند موت الوصى كانت للوصى ولاية
فى التركتين اى فى تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤول اليه وتركة موصيه اما فى تركة
فباعتبار انه ملكه واما فى تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الكل منزلة فيهما
وقوله فله يرضى بتوكيل غيره اى لا يرضى الموكل بان يوكل وكيله غيره او يوصى الى غيره
قال وقسمة الوصى الموصى له عن الورثة جايزة رجل اوصى الى رجل فحز بثلث
ماله وله ورثة صغار وكبار غيب فقسم الوصى الموصى له نايبا عن الورثة واعطاه الثلث
وامسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة فى المنقول والعقار ان كانوا صغارا
وفى المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة فى يده لم ترجع الورثة على الموصى له
بشئ واما اذا كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غايبا فقاسم الوصى مع الوارث على الوصية
له فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان او كبيرا

قول ع

او كبيرا حاضرا كان او غايبا فى المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك فى يد الوصى ما افرزه له
كان ان يرجع على الورثة بثلث ما فى ايديهم والفرق بين المنقول والعقار ان الورثة
اذا كانوا صغارا كان للوصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا
كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه
المسئلة ما ذكره فى الكتاب وحاصله ان الورثة والوصى كلاهما خلفان عن الميت فيجوز ان
يكون الوصى خصما عنهم وقايما مقامهم واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه فلا
يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصما عنه وقايما مقامه فى نفوذ القسمة عليه وقوله
حتى يرد بالعيب اى فيما اشتراه المورث ويرد عليه اى فيما باعه المورث ويصير مغرورا
بشراء المورث فان اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه
يرجع على بايع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة
بحالها فان المشترى يرجع على بايعه دون بايع بايعه لانه ليس بخليفة عن بايعه حتى
يكون غرورا كغرور وقول غير ان الوصى لا يضمن جواب سؤال تقريره اذا كانت القسمة
غير صحيحة كان تصرفا غير مشروع وهلاك المال بعد ذلك الفعل الذى هو غير مشروع فيجب
الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال لانه امين فيه وله ولاية الحفظ
فى التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الى آخره وفيه اشارة الى انه لا ضمان عليه
اذا كان ما افرزه للورثة فى يده لان الحفظ انما يتصور فى ذلك اما لو سلمه اليهم فالموصى له
بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا فى النهاية
وقوله فان قاسم الوارثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه قال وان كان اوصى الميت
بحجة رجل مات وترك اربعة آلاف درهم واوصى ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم
فاخذ الوصى الفا ودفعها الى الذى يحج عنه فسرقت فى الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث
ما بقى من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ بثلث ما بقى مرة اخرى هكذا
وقال ابو يوسف يؤخذ ما بقى من ثلث جميع المال وذكر ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث
درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت
الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى ووجه ذلك مذكور فى الكتاب وهو واضح وقوله ومن اوصى
بثلث الف درهم واضح على ما ذكره فى الكتاب وذكر الامام المحبوبى ان هذا الجواب فيما اذا
كانت التركة مما يكال او يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى تفرد احد الشريكين
من غير تراض ولا رضاء ويجوز لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن
فاما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغايب

لا يجوز فكذا قسمتم قلت وضع المسألة في الدراهم لعله اشارة الى ذكر فانها تمايزن وقوله
واذا باع الوصي عبدا من التركة ذكره لبيان الفرق بينها وبين ما اذا باع المولى او وصيه عبده
الماذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هناك حقا في استسعاء
العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم واما ههنا
فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا
حق الغريم بل محققا له في الدراهم او الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله ولو
تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله ومن اوصى
بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين ظاهر وقوله ضمنه بقبضه اي لا يحل لهم
يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للوصي ولا لورثته
وقوله لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية
تنفذ من الثلث وقوله لانه يرجع عليه بحكم الغرور اي بحكم ان الميت غره بقوله هذا ملكي فانه
لما امره ببيعه والتصدق بثمنه كان تاركا لهذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته و
كان ذكر الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله وقد مر في كتاب القضاء يعني
في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء الى آخر وقوله
فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء اي لا على الورثة ولا على
المساكين ان كان عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر
وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى ان الوصي يرجع على المساكين والعكس ملكذا لان غنم
تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يكون عليهم ومن الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه
رواية الجامع الصغير ان الميت اصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له وقوله
فان قسم الوصي الميراث الى آخره ظاهر كذكر قوله واذا احتال الوصي بمال اليتيم ولم يذكر ما
اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ ومن لا
يجوزه يحتاج الى الفرق بينهما وبين ما لو باع الوصي مال اليتيم بمثل قيمته من اجنبي فانه
جائز على ما يجيء والفرق ان البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش
فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه او برأس المال المسلم ولو كانت معاوضة من كل
وجه كان الاستبدال بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط
العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رحمهم الله فيجب ان
يكون هذا ايضا على ذكر وقوله ولا يجوز بيع الوصي وافيا ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال
الصغير شيئا لنفسه او باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز او لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند
ابي حنيفة وابي يوسف في احدى الروايتين عنه وتفسير المنفعة الظاهرة ان يبيع ما يساوي خمسة

يجب ان يحرر

خمسة عشر بثمن الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى الظاهر
الروايتين عن ابي يوسف لا يجوز على كل حال وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له و
المكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية
اي يتصرفون باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف الوصي
على ما ذكر في الكتاب علا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن قال واذا كتب
كتاب الشراء على وجه هذا تعليم لكتب الحقوق والشهود لنفي تهمة شهادة الزور وهو واضح
وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان ذلك احوط وقوله وبيع الوصي على الكبير الغائب قيد بالكبير
لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي ان يبيع من تركة الميت العروض والضياع والعقار
على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين او غيبا وقال المتأخرون انما يجوز للوصي
بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة
الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا
ليس للوصي التصرف في التركة اصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى
الورثة الا اذا كان على الميت دين او اوصى بوصية ولم يقض الورثة الديون ولم تنفذ الوصية
من ماله فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا وبمقدار الدين ان لم يحيط وله بيع ما زاد
على الدين ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما وتنفيذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها
شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادات الخلاف المذكور في الدين وقوله لان الاب
يلي ما سواه وليل المسألة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسألة اما لم يكن على التركة دين فان
كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع
من جهته وان كان غير مستغرق يبيع بمقدار الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من
المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا منع بيع الزيادة فان
جوزنا للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن ابو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب
الوصاية وصاية وهي لا تجري فيما ثبت له الولاية في بيع البعض ثبت في الباقي ولان في بيع
البعض اضرار النقيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذكر في
نصيب الكبير الا يرى انه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت
قد علم حكم المسألة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه
فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة
عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار واما
بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول
والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بمقدار الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة

منه الدين

الخلاف وان كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة عن العقار بالاجماع
وفي حجة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره
والزيادة على الخلاف وقوله ولا يتجر في المال ظاهر وقوله وهذا الجواب في تركة مولاه يعني الاخ والام
والعم وانما قيد بتركة مولاه لان وصي مولاه فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في اكبر الغايب فان وصي
الام لا يتمكن على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن ابيه العقار والمنقول في ذكر سواء لانه قايم مقام الام
والام حال حيوتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه كذلك
وصيتها واما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع
المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين او وصية اما اذا كان فان كان مستغرقا
فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين
دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين واما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى
الاختلاف في المادة وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لان كما لا ولاية للام على
الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه وقوله والوصي احق بمال الصغير من الجد الى
آخره ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصاء ينتقل ولاية الاب اليه الى آخره

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية
امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها بعد عراقتها فيها قوله واذا شهد الوصيان ظاهر و
قوله وجه الاستحسان الى آخره اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى
ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذكر من غير شهادة فكذا ذكر عند اداء الشهادة
اذا تمكنت فيها الشبهة واجيب بان القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصى
اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا الثالث كالشبه من هذا
الوجه ما لم يكن ثم وصي ومتى كان تقبل الشهادة فكذلك هنا ومعنى قبول الشهادة استنباط
مؤنة التعيين والوصاية ثبتت بنصب القاضي وقوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه
وهو قوله فالشهادة باطلة وقوله وكذا لو شهدا يعني الوصيين الى آخره واضح وقوله واذا شهد
رجلان لرجل بجنس هذه المسايل اربعة اوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين
والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شايع من التركة كالشهادة بالف
مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلان بجارية وشهد
المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا وهو ان يشهد الرجلان
بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث المال ومبنى ذكر كل على تهمة التركة
فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث
على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذكر ايضا فوجه القبول

القبول وهو الذي ثبت عليه محمد ولم يضطرب ان الدين يجب في الذمة وهو قابل لحقوق
شتى فله شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة
ووجه الرد ان الدين بالموت تتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا كان للمستدين في احدهما حقه من
التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقق التهمة بخلاف
حال حيوة المديون لان في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده
ذكر احكام من ندر وجوده ذكر في المغرب ان تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه
المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لتطلع شيء من شيء لظهر باعتبار نوع مغايرة
بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه
فصلان فصل في بيان المخنثى وفصل في احكام وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في
الاجمال قال واذا كان للمولود اي قال القدوري لو اما اذا كان للمولود فرج وذكر فهو
خنثى والظاهر ان الواو الواقع في اول الكلام للاستيناف وكلامه ظاهر وقوله فهو دلالة على
انه هو العضو الاصلي الصحيح وجه الدلالة ان الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة
ومنفعة ما بين الالتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من الفتق
يحدث بعد ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية لالة كونها مبالا فاذا بال من احدهما عرف ان
الآلة التي هو للفصل في حقه والآخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والبالغ
ظاهر وقال ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امراة وان لم
يظهر شيء او تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يدفع ما يقال لا اشكال بعد
البلوغ الا اذا اريد به الغالب

فصل في احكامه

لما كان الغرض
من ذكر الخنثى معرفة احكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امراة وحكم
كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل احكام فقال الاصل في الخنثى المشكل ولم يقل
المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتانيثه والاصل هو الذكر لان حوى خلق من ضلع آدم
عم اعتبره فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وانما قال
باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات
واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذات الرجل المراة في صلوة
مشتركة موهوم فللتوهم احب ان يعيد الصلوة فان قيل الخنثى ان كان مراهقا فلا اعادة
عليه وان افسدها وان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة و
ان كان انثى لا يلزمه فيجب احتياطا فما وجه قوله احب الي ان يعيد اجيب بان مراده
اذا كان مراهقا والاعادة مستحبة تحققا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة

كذا في الذخيرة وعلى هذا التقرير يكون اعادة من عن يمينه ويساره وخلفه كذا بالاذا قام
في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط ان المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق استحباب
لا بينا ان محاذاة المراة الرجل في حقهم موهوم وقوله واجب البنا ان يصلي بقناع يعني اذا
كان مراهقا واما اذا بلغ بالسن فذاك واجب وقوله وهو على الاستحباب يعني اذا كان
غير بالغ واما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال او النساء فالاعادة واجبة
وقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة فيدل فيه نظر لانه وان كان صحيحا في حق
الرجل ولكنه فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدتها
بل لها ان ينظر من مولاتها الى ما لها ان ينظر من الاجنبيات والصواب في التعليل وان
كان انثى فانه نظر الجنس الى جنسه اخف عنه الى خلافه في الجنس فليس للمذكر تاثير في اباحة
نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوجه الولي امراة بمهر يسر اغنته عن شراء الجارية
بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقرير اجيب بان محمدا رحمه الله لم يقل ذلك
لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين امره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى
ان كان امراة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة
الى زوجها وقوله ويكره له في حيوته لبس الحرير قيل لا فايدة في قوله في حيوته فانه لا
لبس بعد الموت وانما هو الباس فكان معناه فهو ما من قوله لبس وهو ساقط سهلة
لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج بجواز ان يكون بعضها بيانا للواقع
والمكروه ذكر لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيوخذ
بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس
حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء يعني
اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو ان يكون في ازار واحد لا ابداء هو منع العورة لان
ذكره لغير الخنثى ايضا وهذه المسئلة تدل على ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى
ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف
للنسا في ازار واحد وقوله وان يخلو به اي يكره ان يخلو به غير محرم من رجل او امراة لقوله
صلوات الله عليه وسلم الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان و
امره في ذكر محتمل نظرا الى حاليه وقوله لا علم لي في لباسه يعني لا اشتباه حاله وعدم
المرجح وقول محمد ظاهر وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الخنث لا يثبت بالشك
وقوله وان قال التولي يعني ان يقول كل عبد لي وكل امة لي فهو حر وقوله لانه ليس
بمهمل يعني انه في الواقع ليس بخال عن احد الحالين وقوله لانه دعوى يخالف قضية
الدليل لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذكر من نفسه خلاف ما يعلم به غيره وقوله

وقوله ينبغي ان يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتيقن به وقوله لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء اي غسل الرجل المراة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر الى
العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فله حل الفرقة ابيح
نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لم يعرف
له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيتيمم بالصعيد
وهو نظير امراة ماتت بين رجال او عكسه فانه يتيمم بالصعيد مع الحرمة ان يتيمم الاجنبي
وبغيرها ان كان ذا رحم محرم عن الميت وينظر المتيمم الى وجهه ويفرض وجهه عن ذراعيه لجواز
ان يكون امراة ولا تشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل
الملكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحيوة وله اهلية الملك فيها
وقوله وضع الرجل من يلي الامام والخنثى خلفه يعني اعتبارا لحال الحيوة لانه يقوم بين صف
الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فلذكر حال الممات والاصل فيه قوله
صلى الله عليه وسلم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عند
جعل الخنثى خلف الرجل يعني يقدم الرجل الى جانب القبلة لان جهتها اشرف فالرجل
بالقرب اليه وقد جاء في الحديث ان صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكثرهم اخذا للقران
الى جانب القبلة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليصير ذكرا في حكم قبرين وقوله وان
جعل على السرير نعش شبه المحمل مشبك يطبق على المراة اذا وضعت على الجنازة وقد
تقدم في كتاب الصلوة وقوله وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاثة فله بلس بذلك
لان الحد والكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحيوة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل
غير مناسبة كما في حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال حيوته ازيد على الثلاثة واما اذا
كان انثى كان في اقتصاره على الثلاثة ترك السنة فان كفنها خمسة اثواب قال
ولو مات ابوه وخلف ابنا • اعلم ان الشيخ ابا الحسن القدوري بعد ما ذكر قول محمد مع ابي
يوسف ولكن ما ثبت النص في الكتاب وكذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي وفي عامة
الكتب ذكر قول محمد مع ابي حنيفة ولكن ابو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول
الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم ياخذ به وابو يوسف فسره على وجه ولم ياخذ به
وهو ان يجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه اخر وهو تفسير محمد
بان يجعل على اثني عشر واخذ به وكان قول ابي يوسف اولا كقول ابي حنيفة ومحمد
فيقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات اب الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند
ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير
ذلك اي غير كونه انثى بظهور احدى احدى علامات الذكورة له تعارض فحينئذ يعتبر ذكرا

فيتيمم

المراة الخنثى

السنة في

لا يجوز

وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي وابن ابي ليلى والثوري
وهو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما واختلفا في عكس قول الشعبي قال محمد المال بينهما
على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة
للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق
ثلثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت والبنت في الميراث نصف الابن
فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة ارباع نصيب ابن فتضرب مخرج الربع وهو اربعة
في سهم وثلاثة ارباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن اربعة ومحمد ان الخنثى
لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان انثى كان اثلاثا فاحتجنا الى حساب له
نصف وثلث صحيح واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان لكل واحد ثلثة
اسهم وفي حال اثلاثا فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزايد وقع فيه الشك
فينتصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصف فيضعف ليزول الكسر فصار
الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تاخير قول محمد اشارة من
المص الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تعليل نصيبه وما ذهب اليه محمد اقل مما
اذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته
ان تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم
اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلثة فاضربه
في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة
وللخنثى منه خمسة فاضرب في سبعة تكون خمسة وثلاثين فظهر ان التفاوت بسهم
من اربعة وثمانين كذا افاده الامام حميد الدين رح ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى المال
ابتداء لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة او الانوثة ولا شيء منهما معلوم
واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن و
الاقل وهو ميراث الانثى متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ
بالمتيقن به دون المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان علي دراهم
حكم بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان علي دراهم حكم بالثلاثة
حتى يقوم الدليل على الزايد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال استحقاق الميراث
وهو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهالة وقعت في القسمة بناء فلا تمنع الوجوب
لانا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه
الذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه وقوله ان يعطيه الاقل لو قدرناه
ذكرا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى

للمتيقن

للمتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا ان نصيب الخنثى
اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه
متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى فان قدرنا
الخنثى انثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة
ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث
الام وهو السدس وهو الاقل فقدرناه ذكرا واذا ترك امراة واخوين لام واختا
لاب وام هي خنثى للمراة الربع ولبني الاخيافة الثلث فان قدرنا الخنثى انثى
ترث النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلثة عشر وان قدرناه ذكرا
كان له خمسة من اثني عشر وهو اقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا
لاب وام وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شيء
للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله اقل النصيبين اسوء الحالين وهذا مذهب
عامة الصحابة رضي الله عنهم فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في
المآل كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المص في الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك
في اول البحث بقوله وهي انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك يشير الى ان التلبيس
في تلك المسئلة يدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك اكثرهم لان سبب استحقاق
الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث
جعلنا الخنثى انثى ما زاحمه الا في الثلث فبقي ما وراءه ذكرا مستحقا له وهل يؤخذ
منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف ان القاضي اذا دفع المال الى
الوارث المعروف فلم يأخذ منه كفيلا في قول ابي حنيفة وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل
منه وقال بعضهم يحتاط في اخذ الكفيل ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة
هناك للمجهول وههنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي
قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك
فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالقبوض سالم
للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى
ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيتوقف الى ان يتبين المستحق كما
في الحمل والمفقود **مسائل شتى** قد ذكرنا قبل هذا ان ذكر مسائل شتى او مسائل متفرقة
من واجب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله فاذا جاء من ذلك ما يوقف
انه اقرار يشير الى ان يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذكره منه
دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا

طولا اذا كان ذكره منه معهودا في نعم وقوله ولا يجوز ذكره الذي يعتقل لسانه على بناء
المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله حتى
لو امتد اراد به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروي عن ابي حنيفة انه قال ان دامت العقلة الى
وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى
زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله وفي الابن عرفناه بالنص وهو ما روي
عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقات ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال صلى الله
عليه وسلم ان لهذه الابل اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا
ثم كلوه وقوله ولا يحد اي الاخرس اذا قذف بالاشارة او الكتابة ويحد له اذا كان مقذوفا
وقوله وهو في حق الاخرس اي العجز في حق الاخرس اظهر منه في حق الغايب لان الظاهر من حال
الغايب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب في حق
الغايب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلان يقبل في حق الاخرس مع اليأس عن
زوال الخرس اولى وقوله ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين احتراز عن غير المستبين
وهو الكتاب على الهواء والماء مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب
في صدره من فلان الى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره وقوله
فينوي فيه يطلب منه النية فيه وقوله لانه بمنزلة صريح الكتابة التولية كقوله انت باين
وامثاله وقوله ولا يختص بلفظ دون لفظ فانه كايبت بالعربية يثبت بغيره وقد ثبت
بغير لفظ اي بفعل يدل على القبول كالتعاطي وقوله ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اي لا يكون
حجة فيكون فيهما اي في الاخرس والغايب الغير الاخرس روايتان وقوله لانه اي الاشارة
على تاويل المذكور وقوله لانه يحد اجمع هنا اي في الكتابة بينهما بقوله يكتب كتابا او يومي
اماء وقوله وفي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان فضل البيان في الكتابة معلوم
حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام وفي الاشارة
زيادة الزم لم توجد في الكتابة لانه اي الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام لان العلم
بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل
انما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او براسه والمتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل
عنه فكان اولى بالاعتبار وقوله وكذا الذي صمت يوما او يومين عطف على قوله ولا يجوز ذكر
الذي يعتقل لسانه اي لا يجوز اقراره بان اومى بكلامه اي نعم او كتب وقوله واذا كانت الغنم
مذبوحة الى الجزء الظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان
احدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي
يقع تحريه انه طاهر فقد جوز التحري هنا كما فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي

وفي الذكية والميتة لم يجوزوا اجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها
لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر
الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم وبوئيه ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس
فان كانت ثلاثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع
فلما جازت صلوته فيه وهو نجس بيقين فلان يجوز بالتحري الاشتباه اولى قال
مولانا شيخ الاسلام بركة الانام لسان المتكلمين حجة العلماء العاملين اكمل الدين
زاد الله من فضله فوق المامول واعزه بالنصر على الاعداء والظفر ببلوغ السؤال
وغفر له ولوالديه ولاساتيذه ولجميع المسلمين تم النصف الاخير من مسودة
كتاب السراية في شرح الهداية بعد عشر خلت من جمادى الاخرة
سنة ست وسبعين وسبعمائة حامدا لله ومصليا على نبيه محمد واله
وقد وقع الفراغ من تبييضه بعون الله تعالى وحسن توفيقه
على يد العبد الضعيف الراجي الى رحمة ربه اللطيف
درويش فقيه غفر الله له ولوالديه
ولجميع المسلمين في مدينة قسطنطينية
في اواسط شوال المبارك
من شهور سنة احدى عشر
وثمانمائة
حامدا لله
ومصليا
على نبيه